

VU Research Portal

De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband

Akkermans, A.J.

2002

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (2002). *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*. Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

A.J. AKKERMANS

De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband



Boom Juridische uitgevers

DE 'OMKERINGSREGEL' BIJ HET BEWIJS VAN CAUSAAL VERBAND

De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband

Uitwerking van de rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van
hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op
vrijdag 5 oktober 2001

door

Mr. A.J. Akkermans

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2002

© 2002 A.J. Akkermans, Amsterdam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 253 5
NUR 820
www.bju.nl

Voorwoord

Dit boek is de uitwerking van de rede die ik uitsprak bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op vrijdag 5 oktober 2001. De omvang die deze uitwerking heeft aangenomen, is ongebruikelijk. Toen ik destijds de omkeringsregel tot onderwerp koos, ben ik zo onverstandig geweest om niet te luisteren naar Vranken, die in zijn noot voor het Oude Monnick Motors-arrest waarschuwde “dat er nog hectoliters drukinkt nodig zijn om de betekenis en de reikwijdte van de omkeringsregel in al zijn aspecten en technische details te bepalen. Er is ruimschoots voldoende stof om een universitaire onderzoeksschool van gemiddelde omvang enkele jaren aan het werk te houden.” Bij de studie die ik voor mijn rede heb verricht, heb ik het gelijk van Vranken ondervonden. Ik heb geen kans gezien om dit prachtige maar weerbarstige onderwerp op een bevredigende wijze af te doen in een bespreking van een omvang die wél passend is voor een oratie. De aanzienlijk kortere tekst zoals ik die daadwerkelijk heb uitgesproken, is eerder gepubliceerd in het *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (TVP) 2001, pagina 93-100. In deze uitwerking zijn literatuur en rechtspraak bijgewerkt tot augustus 2002.

Amsterdam, augustus 2002

Arno Akkermans

Inhoud

1	INLEIDING	1
1.1	Een gewaarschuwd mens...	1
1.2	De omkeringsregel	2
1.3	Onrustige wateren	2
1.4	Consequenties voor de rechtspraak	4
1.5	Doelstelling van dit boek	5
1.6	Plan van behandeling	5
2	DE OMKERINGSREGEL BIJ DE SCHENDING VAN VERKEERS- EN VEILIGHEIDSNORMEN	7
2.1	Oorsprong van het leerstuk: verkeers- en arbeidsongevallen	7
2.2	De rechtvaardiging van de omkeringsregel: feitelijk vermoeden of (ook) normatieve gronden?	9
2.3	De omkeringsregel bij werkgeversaansprakelijkheid: uitgegroeid tot een apart leerstuk	11
2.4	Het te leveren tegenbewijs: ontkrachting van een vermoeden of 'tegendeelbewijs'?	12
3	DE OMKERINGSREGEL ALS ALGEMENE REGEL	15
3.1	De 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bij het toerekeningsverband: Dicky Trading I en verder	15
3.2	De betekenis van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bij het toerekeningsverband: beter terug naar af	17
3.3	De 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bij het conditio sine qua non-verband: Dicky Trading II	19
4	DE OMKERINGSREGEL EN HET BEWIJS VAN SCHADE	25
4.1	Het arrest Beurskens/Notarissen: onverenigbaar met Dicky Trading II	25
4.2	Schade en causaliteit: uitwisselbare perspectieven	27
4.3	Causaliteit und kein Ende: beroep op de omkeringsregel per afzonderlijke schadepost	30
4.4	Ook vragen van schade-omvang kunnen binnen het bereik van de omkeringsregel worden gebracht	33
4.5	De letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel kunnen niet beslissend zijn voor zijn toepasselijkheid	34
4.6	Eigen waardering van het arrest Beurskens/Notarissen	34

5	NA BEURSKENS/NOTARISSEN: HET WORDT ER NIET DUIDELIJKER OP	37
5.1	Het arrest Kramer/ABN AMRO: geen woord over Dicky Trading	37
5.2	Het arrest Gouda/Lutz: verwarring over het te leveren tegenbewijs	40
6	TOCH EEN ALGEMENE REGEL: HET SINT-WILLIBRORD-ARREST	45
6.1	Stand van zaken vóór het arrest	45
6.2	Feiten en verweer	45
6.3	Het conditio sine qua non-verband	46
6.4	Het toerekeningsverband	48
6.5	Reacties in de literatuur	50
6.6	Eigen waardering van het resultaat in het concrete geval: minder aansprekend dan in andere gevallen	51
6.7	Past de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule hier eigenlijk wel?	53
6.8	De algemene betekenis van het arrest: een gemiste kans voor nadere uitleg	54
7	TUSSEN SINT-WILLIBRORD EN OUDE MONNINK MOTORS: MOET DE HOGE RAAD ZELF OOK NOG WENNEN AAN ZIJN NIEUWE REGEL?	57
7.1	Inleiding	57
7.2	Omvang van de motiveringsplicht wanneer de omkeringsregel niet wordt toegepast: HR 20 oktober 2000 (dubbel verpande huuropbrengst)	57
7.3	De Hoge Raad bevestigt opnieuw dat het gaat om een 'regel': het arrest Amev/Sjors	60
7.4	De omkeringsregel verdwijnt weer uit het zicht: HR 12 januari 2001 (Notaris/Amev)	62
7.5	Opnieuw de omvang van de motiveringsplicht wanneer de omkeringsregel niet wordt toegepast: HR 19 januari 2001 (posttraumatische dystrofie)	63
8	EEN EERSTE AANZET TOT NADERE AFBAKENING: HET OUDE MONNINK MOTORS-ARREST	67
8.1	Feiten en verweer	67
8.2	De Conclusie van Advocaat-generaal Bakels	67
8.3	De beslissing van de Hoge Raad	68
8.4	Reacties in de literatuur	69
8.5	De betekenis van het arrest: de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel zijn inderdaad niet beslissend voor zijn toepasselijkheid	70
8.6	Eigen waardering van het resultaat in het concrete geval	71
8.7	De motivering door de Hoge Raad: geen inhoudelijke onderbouwing	71
8.8	Een zuiver semantische inperking biedt geen enkel houvast	73
8.9	Het gevolg: aanhoudende rechtsonzekerheid en woordenstrijd	74

9	INHOUDELIJK VERSCHIL TUSSEN DE ONGEVALLEN- EN DE ALGEMENE OMKERINGSREGEL?	75
9.1	Inleiding	75
9.2	De omkeringsregel bij werkgeversaansprakelijkheid: een geval apart	76
9.3	Is de toepasselijkheid van de ‘ongevallenformulering’ ruimer dan die van de ‘algemene’ formulering?	77
9.4	Dertig jaar rechtspraak over de omkeringsregel bij verkeersongevallen: hoe nauw moet het verband tussen gevaarzetting en ongeval zijn?	78
9.5	Conclusie: ook de ongevallenregel vereist een nauw verband tussen gevaarzetting en ongeval	82
9.6	Vloeiende overgang of twee verschillende ‘omkeringsregels’?	83
9.7	De ‘oude’ ongevallenregel en de ‘nieuwe’ algemene regel ineengevloeid: het arrest Zürich/X	84
9.8	Conclusies	85
10	HET ARREST MCL/IN 'T HOUT: MEER RUIMTE VOOR HET TEGENBEWIJS?	87
10.1	Inleiding	87
10.2	Feiten en beslissing	87
10.3	Reacties in de literatuur	89
10.4	Eigen opvatting: toepassing omkeringsregel gerechtvaardigd op normatieve gronden	90
10.5	Meer ruimte voor het tegenbewijs?	91
10.6	De mogelijkheid van een proportionele oplossing	92
11	EEN BELANGRIJKE STAP IN DE GOEDE RICHTING: DE INFORMED CONSENT-ARRESTEN	95
11.1	Inleiding	95
11.2	Feiten en beslissing in het eerste informed consent-arrest: zenuwbeschadiging na polsoperatie	95
11.3	Feiten en beslissing in het tweede informed consent-arrest: dwarslaesie na operatie wervelkolom	97
11.4	Vertrekpunt: de strekking van de geschonden norm	98
11.5	Vervolg: “een wonderlijk woordenspel”	98
11.6	Reacties in de literatuur	100
11.7	Eigen waardering van deze uitspraken	101
11.8	Bij schending van het vereiste van informed consent doen zich zeer regelmatig causaliteitsproblemen voor	102
11.9	Het verband tussen het zelfbeschikkingsrecht en de risico's van de behandeling	103
11.10	De preventieve werking van aansprakelijkheid	104
11.11	Omkeringsregel toch terecht niet toegepast	105
11.12	Tegemoetkoming aan de niet-geïnformeerde patiënt op andere wijze	107
11.13	Proportionele aansprakelijkheid	108
11.14	Schadevergoeding wegens de schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig	109

12	DE ACHTERGRONDEN VAN DE OMKERINGSREGEL: DE BEWIJSLAST-VERDELING MET BETREKKING TOT SCHADE EN CAUSAAL VERBAND	113
12.1	Inleiding	113
12.2	Bewijslastverlichting en bewijslastomkering bij het bewijs van causaal verband en van schade: opvallende overeenkomsten	113
12.3	De gemeenschappelijke factor: de objectieve onmogelijkheid van sluitend bewijs van de vergelijkingshypothese	114
12.4	Bij het bewijs van de vergelijkingshypothese wordt de benadeelde structureel tegemoetgekomen	115
12.5	De dader heeft het gedaan: geen normatieve grond voor bewijslastomkering, wel voor een neutraal uitgangspunt bij de bewijslastverdeling	118
12.6	Naar een algemene uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 Rv voor het bewijs van de vergelijkingshypothese	119
12.7	Voorstel voor een bijzondere bewijsregel voor het gehele gebied van het bewijs van causaliteit en schade	120
13	DE INHOUDELIJKE RECHTVAARDIGING VAN DE OMKERINGSREGEL	123
13.1	Inleiding	123
13.2	Feitelijk vermoeden	123
13.3	De aard van de geschonden norm	124
13.4	Het typische gevolg van de normschending	125
13.5	De dader heeft het gedaan	127
13.6	Versterking van de effectiviteit van de geschonden norm	127
13.7	Structurele bewijsnood	128
13.8	Bewijslastomkering als logisch complement van de beschermende strekking van de geschonden norm	130
13.9	Optelsom met feitelijk vermoeden en andere factoren	132
14	VEREISTEN VOOR DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE OMKERINGSREGEL	135
14.1	Inleiding	135
14.2	Het vereiste verband tussen norm en risico	135
14.3	Een optelsom van variabelen	136
14.4	Het 'specificiteitsvereiste'	139
14.5	De toepassingsvereisten van de omkeringsregel: communicerende vaten	140
14.6	De plaats van de omkeringsregel in een causale keten met meerdere schakels – bijvoorbeeld bij whiplash	140
14.7	Beperking tot dié schakel in de causale keten, waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen	143
14.8	Niet 'de schade' maar 'het risico' moet het specifieke beschermingsdoel zijn van de geschonden norm	144

15	DE EISEN AAN HET TEGENBEWIJS	147
15.1	Inleiding	147
15.2	Opvattingen in de literatuur	147
15.3	Eigen opvatting: geen tegendeelbewijs maar variabele eisen	149
15.4	Illustratie van de samenhang tussen rechtvaardigingsgrond en tegenbewijs	150
15.5	Inhoudelijke aanknopingspunten in de arresten van de Hoge Raad	151
15.6	‘Gedeeltelijk tegenbewijs’: de mogelijkheid van een proportionele oplossing	153
15.7	Een wereld van glijdende schalen	155
16	VOORSTEL VOOR EEN ALTERNATIEVE FORMULERING VAN DE OMKERINGSREGEL	157
16.1	Inleiding	157
16.2	De ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule revisited	157
16.3	Te ruim: enig risico	158
16.4	Te beperkt: het in het leven geroepen risico	159
16.5	Nadere invulling van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule	160
16.6	Voorstel voor een alternatieve formulering van de omkeringsregel	161
16.7	Het specificiteitsvereiste	162
16.8	Minder ruim, en minder beperkt, interpreteerbaar dan de huidige formule	162
16.9	Geen ‘schade’ maar ‘risico’	162
16.10	Geen tegendeelbewijs maar variabele eisen	163
16.11	De mogelijkheid van een proportionele oplossing	163
17	CONCLUSIES	165
17.1	Inleiding	165
17.2	De betekenis van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule	165
17.3	Enkele belangrijke afbakeningen	165
17.4	De bewijslastverdeling bij het bewijs van causaal verband en schade in het algemeen	166
17.5	De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel	167
17.6	De vereisten voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel	168
17.7	De eisen aan het tegenbewijs	169
17.8	Voorstel voor een alternatieve formulering van de omkeringsregel	169
17.9	Besluit	170
	LITERATUUR	171
	JURISPRUDENTIEREGISTER	179

1 Inleiding

1.1 EEN GEWAARSCHUWD MENS...

Beschouwingen over juridische causaliteit worden nogal eens ingeleid met de waarschuwing dat het hier gaat om een hoogst ondoorzichtig onderwerp, ondanks de vele boekenkasten die erover zijn volgeschreven.¹ Volgens Van Schellen behoort het causaal verband “tot de duisterste uithoeken van de onrechtmatige daad”.² “Wie zich erin verdiept, dreigt al gauw alle grond onder zich te verliezen”, zo waarschuwt Schut.³ In andere rechtstelsels lijkt het al niet beter. De Amerikaanse geleerde William Prosser schreef over het causaliteitsvraagstuk in zijn gezaghebbende handboek over *The Law of Torts*: “*The present state of the law is still one of troubled waters, in which any one may fish.*”⁴

In Nederland heeft het leerstuk sinds de acceptatie door de Hoge Raad van de leer van de redelijke toerekening zoals thans neergelegd in artikel 6:98 BW “veel van zijn oude glans en tevens schrikwekkendheid [...] verloren”, zoals Schut het uitdrukt.⁵ Vanaf ongeveer de jaren tachtig was het niet meer de vraag naar de juiste maatstaf voor de toerekening van schade, maar enkel nog de problematiek rond het *conditio sine qua non*-vereiste die af en toe de gemoederen kon verhitte, zoals gebeurde ten tijde van het DES-arrest.⁶ Men kan zich afvragen in hoeverre die relatieve stilte aan het toerekeningsfront terecht is.⁷ De praktijk redt zich, en studenten leren braaf dat het draait om ‘de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade’. Maar zoals Du Perron in zijn oratie heeft opgemerkt, kan de dogmatiek op dit punt de rechtswerkelijkheid niet altijd volledig verklaren, omdat niet altijd alle *policy*-argumenten achter toerekening of niet-toerekening, die vaak te maken hebben met verzekering en de maatschappelijk meest wenselijk geachte spreiding van schade, expliciet worden gemaakt.⁸

-
1. Zie voor een bloemlezing J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht*, Studiepockets privaatrecht Nr. 35, Tjeenk Willink, Zwolle, 1985, p. 1.
 2. T.a.p.
 3. G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Studiepockets privaatrecht Nr. 21, 5e druk, Tjeenk Willink, Zwolle, 1997, p. 71.
 4. Ik ontleen het citaat aan J. van Schellen, *Juridische causaliteit* (diss. UvA 1972), Kluwer, Deventer, 1972, p. XXIV. Het citaat stamt uit een oude druk (1964) van het bekende handboek *Prosser and Keeton on Torts*. In de nieuwste druk, W. Page Keeton (general editor), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing co, St Paul, Minn., 1984, komt het niet meer voor, maar is het vervangen door een opmerking van vergelijkbare strekking (p. 263).
 5. A.w. (zie noot 3), p. 71.
 6. HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB.
 7. Vgl. in dit verband de kritiek van J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. KUB 1992), Kluwer, Deventer, 1992, p. 109-112.
 8. C.E. du Perron, Een afgesloten weg (oratie UvA 2001), in Arthur Salomons, Martijn Hesselink, Edgar du Perron, *Uitgesproken teksten*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2002, p. 31-57.

1.2 DE OMKERINGSREGEL

Hoe dit alles ook zij, sinds enige tijd is de betrekkelijke rust die op het gebied van de causaliteit was ingetreden, grondig verstoord door een nieuwe lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de regel tot ontwikkeling is gebracht:

“dat, indien door als een onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.”⁹

Deze ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule is door de Hoge Raad toegepast op *beide* elementen van het causaal verband, dus zowel ter zake van het conditio sine qua non-verband (de zogenaamde vestigingsfase) als – anders dan door verschillende schrijvers wordt gesuggereerd¹⁰ – ter zake van het toerekeningsverband (de zogenaamde omvangsfase). Men spreekt bij beide toepassingen van de ‘omkeringsregel’.¹¹ Ik zal daarin niet volgen maar deze term reserveren voor het conditio sine qua non-verband, omdat de term ‘omkeringsregel’, zoals we zullen zien,¹² bij het toerekeningsverband niet past.

1.3 ONRUSTIGE WATEREN

Het begin van deze nieuwe lijn in de jurisprudentie wordt doorgaans gelegd bij het Dicky Trading II-arrest uit 1996.¹³ Sindsdien is over deze materie een flink aantal arresten gewezen. Over de reikwijdte en de inhoud van de omkeringsregel heeft van meet af aan aanzienlijke onzekerheid bestaan. Dat heeft verschillende oorzaken.

De belangrijkste oorzaak is dat de omkeringsregel, zoals geformuleerd door de Hoge Raad, zowel heel ruim, als heel beperkt kan worden opgevat.¹⁴ Aanvankelijk werd vooral als probleem gezien dat de omkeringsregel potentieel heel ver gaat. Te bedenken valt dat een wanprestatie of onrechtmatige daad bijna *altijd* wel ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’ in het leven roept – wat de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen betreft is het vaak juist dit risico dat een gedraging onrechtmatig doet zijn¹⁵ – zodat men de regel zo kan lezen dat hij bijna

9. In deze zin voor het eerst in HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (Dicky Trading II).

10. Zie de verwijzingen in de voetnoten 205 en 207.

11. Zie de Conclusie van A-G Bakels voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnick Motors) onder 2.17. (a).

12. Zie § 3.2.

13. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK.

14. Zie nader hoofdstuk 16.

15. Af te wegen tegen de te betrachten zorg. Zie C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, nr. 801 e.v.

steeds toepasselijk is.¹⁶ Telt men daar bij op dat van de gedaagde een vergaand tegenbewijs lijkt te worden verlangd dat in de praktijk maar zelden kan worden geleverd, dan schijnt het resultaat te zijn dat het causaliteitsvereiste in zoverre komt te vervallen dat de enkele *mogelijkheid* van causaal verband voortaan voldoende zal zijn.¹⁷

Hier komt bij dat met het resultaat van de betreffende beslissingen telkens wel kan worden ingestemd, maar dat de jurisprudentie over dit onderwerp – vooral die uit het begin – niet of moeilijk onderling in overeenstemming te brengen is, de gegeven motivering vaak lapidair is en soms geheel beperkt blijft tot een herhaling van de formule van de omkeringsregel, en dat de wijze waarop de Hoge Raad tot zijn potentieel verreikende nieuwe rechtsregel is gekomen, soms zelfs een terloopse of laconieke indruk maakt. Als gevolg hiervan hebben verschillende schrijvers openlijk betwijfeld of de Hoge Raad werkelijk bedoelt wat hij lijkt te zeggen en zo ja, of hij de daaruit mogelijk voortvloeiende consequenties wel helder voor ogen heeft gehad.¹⁸

In het begin lag het zwaartepunt van de onzekerheid over de omkeringsregel bij de vraag of hij wel van algemene toepassing was. Zijn bewoordingen suggereerden dat weliswaar, maar hoe dat te rijmen met latere uitspraken van de Hoge Raad waarin hij in het geheel niet in beeld kwam terwijl zijn toepassing strikt genomen voor de hand lag of zich zodanig evident aandiende dat deze ten minste expliciet had behoren te worden afgewezen? Sinds het Sint-Willibrord-arrest¹⁹ is duidelijk dat de Hoge Raad wel degelijk de toepasselijkheid op het gehele gebied van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en wanprestatie voor ogen staat. Dat neemt niet weg dat ook daarna nog verschillende arresten zijn gewezen die niet of moeilijk met dit brede toepassingsgebied zijn te verenigen.²⁰

Vanaf het Oude Monnick Motors-arrest²¹ streeft de Hoge Raad er duidelijk naar om de toepasselijkheid van de omkeringsregel in te perken. Daarbij laat hij het brede toepassingsgebied als zodanig onverlet, maar zoekt hij een inperking in een nadere invulling van de betekenis van de bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule. Daarmee is het zwaartepunt van de onzekerheid verschoven naar de precieze inhoud van de omkeringsregel. Vanaf dit moment komt vooral gewicht toe aan het probleem dat men zijn bewoordingen niet alleen heel ruim, maar ook heel beperkt kan opvatten. Men kan de omkeringsregel zelfs zo lezen dat daarmee in het geheel geen causale onzekerheid meer wordt overbrugd, namelijk door aan te nemen dat het risico dat door de

16. Hierop wijst onder meer I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Tjeenk Willink, Deventer, 1999, p. 68, alsmede in zijn noot bij HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (St. Willibrord), AqV 2000, p. 107-109 (op p. 109 l.k.); T. Hartlief, Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de ‘omkeringsregel’, AA 2001, p. 452-459 (op p. 454 l.k.).

17. Zie in deze zin Giesen (1999), p. 68.

18. Zie L.G.J. Hendrix, Causaal verband: bewijslast definitief omgekeerd?, *NbBW* 2000, p. 113-116 (op p. 116 r.k.); Giesen, AqV 2000, p. 109 l.k.; C.E. Drion, Naar Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht?, *NJB* 2000, p. 1956-1959 (op p. 1957 l.k.); T. Hartlief, Kroniek van het Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 1998-2000, *NTBR* 2001, p. 20-35 (op p. 31 m.k.).

19. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB.

20. Zie hoofdstuk 7.

21. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV.

gedraging ‘in het leven is geroepen’ *volledig identiek* dient te zijn aan het risico dat ‘zich vervolgens heeft verwezenlijkt’.²²

In de loop van de tijd zijn dan ook zeer uiteenlopende opvattingen geentleerd over de betekenis van de omkeringsregel, van de conclusie dat sprake is van “een aanzienlijke verschuiving van ons materiële recht”²³ tot de vraag of de regel eigenlijk wel “enige betekenis” heeft.²⁴

Over de vraag of de door de Hoge Raad gekozen wijze van inperking tot duidelijke afbakeningen zal leiden, wordt verschillend gedacht. Vranken²⁵ en Kaandorp²⁶ hebben zich afgevraagd of wij zonder de omkeringsregel niet beter af zouden zijn. Asser is veel minder pessimistisch,²⁷ en ook Spier verwacht dat de Hoge Raad met zijn benadering succes zal hebben.²⁸ Zelf ben ik van mening dat de huidige bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule zo weinig houvast bieden dat hun betekenis in een concreet geval moeilijk voorspelbaar zal blijven.²⁹ Essentieel is dat arresten in de toekomst meer inhoudelijk worden gemotiveerd, anders leidt die quasi-algemene formule steeds maar de aandacht af van de achterliggende overwegingen waar het werkelijk om gaat.³⁰ In dat opzicht lijkt de Hoge Raad in zijn laatste arresten, over de schending van het vereiste van informed consent,³¹ in elk geval op de goede weg.

1.4 CONSEQUENTIES VOOR DE RECHTSPRAKTIJK

Ondertussen moet de impact van de bedoelde onzekerheid op de rechtspraak niet worden onderschat. Kwantitatief gezien spelen vragen van causaliteit en schade in de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht een veel grotere rol dan menig vers afgestudeerd rechtenstudent zou verwachten, in procedures maar zeker ook bij de buitengerechtelijke afwikkeling van schade. Ook al is inmiddels duidelijk dat de omkeringsregel niet een soort Haarlemmerolie is met voor alle causaliteitsproblemen het aangewezen medicijn, zolang zijn inhoud en toepassingsbereik niet helder zijn, moet eenieder die voor een benadeelde optreedt en tegen een causaliteitsprobleem aanloopt, er haast wel een beroep op doen. Laat hij het na dan loopt hij kans zich schuldig te maken aan een beroepsfout. Niet geschoten is altijd mis. Daar komt nog bij dat ook allerlei schadeproblemen als causaliteitsprobleem kunnen worden verpakt.³² Het resultaat is dat de omkerings-

22. Zie nader § 16.4.

23. Drion, NJB 2000, p. 1956 l.k.

24. R.J.B. Boonekamp, kroniek Bewijsrecht, TCR 2001, p. 44-45 (op p. 45).

25. J.B.M. Vranken, noot bij HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnik) onder 5 en aan het slot.

26. D.T.G.J. Kaandorp, noot bij de arresten HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387, TVP 2002, p. 18-24 (op p. 24).

27. W.D.H. Asser, Kroniek van de rechtspleging, NJB 2002, p. 490-499 (op p. 497 r.k.).

28. Zie zijn Conclusie voor HR 11 januari 2002, VR 2002, 158 (Zürich/X), in voetnoot 3.

29. Een grote stap in de goede richting zou echter kunnen worden gezet op basis van een voorstel van A-G Hartkamp in diens Conclusie voor een van de informed consent-arresten. Zie § 16.5.

30. In deze zin ook J.B.M. Vranken in zijn noot bij HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 (informed consent), onder 9.

31. Zie hoofdstuk 11.

32. En vice versa. Zie nader in § 4.2.

regel in de praktijk te pas en te onpas in stelling wordt gebracht. Advocatuur en rechterlijke macht zien zich voortdurend voor de vraag gesteld wat zijn reikwijdte en betekenis precies is. En dat is nog steeds niet zo eenvoudig te zeggen.

1.5 DOELSTELLING VAN DIT BOEK

Als gevolg van dit alles lijkt de juridische causaliteit hard op weg om zijn roemruchte status van weleer te heroveren. Opnieuw verrijst een beeld van *troubled waters, in which any one may fish*. Dat is natuurlijk funest voor de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen. Daarom zal ik in dit boek proberen om de onrustige wateren van de omkeringsregel wat overzichtelijker te maken. Ik zal daartoe trachten bloot te leggen wat de achtergronden, de inhoudelijke rechtvaardiging en de vereisten voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel zijn, alsmede welke eisen moeten worden gesteld aan het tegenbewijs. Op grond hiervan zal ik een gewijzigde formulering voorstellen voor de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule.

Wat er ook zij van het nuttig effect van de door mij voorgestelde alternatieven (elke algemene regel heeft altijd weer uitleg nodig) en hoe mijn verklaringen en voorstellen ook mogen worden ontvangen, wat ik in elk geval hoop te bereiken is dat de focus van de discussie wordt gericht op de inhoudelijke rechtvaardiging voor de omkeringsregel. Indien daarin meer inzicht kan worden verkregen, volgt naar mijn verwachting het zicht op het juiste toepassingsgebied vanzelf.

1.6 PLAN VAN BEHANDELING

Ik zal de nieuwe lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad zoveel mogelijk chronologisch bespreken. Daarmee wil ik laten zien hoe de rechtsvinding over de omkeringsregel is verlopen. Ik meen dat die illustratief is voor de sterke, maar zeker ook voor de zwakke punten van de wijze waarop ons recht zich door de rechtspraak van de Hoge Raad vernieuwt. Zo nu en dan zal ik een zijstraat inslaan om een onderwerp nader uit te werken. Bijgevolg laten de hoofdstukken 2 t/m 11 zich in veel opzichten lezen als een soort kroniek van de rechtspraak over de omkeringsregel. Hierin verzamel ik het materiaal waarop de analyses in de hoofdstukken 12 t/m 16 zijn gebaseerd, zij het dat ik soms gedwongen word om in mijn commentaar vast een beetje op de resultaten daarvan vooruit te lopen.

Na een introductie van de omkeringsregel ‘oude stijl’ in hoofdstuk 2, bespreek ik in hoofdstuk 3 de wijze waarop deze door de Hoge Raad in de Dicky Trading-arresten is doorgetrokken naar het gehele gebied van de aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad. In § 3.2 werk ik uit waarom wij de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule alleen zouden moeten gebruiken bij het *conditio sine qua non*-verband, en niet ook bij het toerekeningsverband.

In hoofdstuk 4 bespreek ik het arrest Beurskens/Notarissen, dat meteen weer twijfel zaaide over de algemene toepasselijkheid van de in Dicky Trading geïntroduceerde regel. Naar aanleiding daarvan probeer ik te laten zien hoe bijna het gehele gebied van het bewijs van schade binnen het bereik van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule kan worden gebracht, al komt de omkerings-

regel in werkelijkheid bij lange na niet zo'n ruime toepasselijkheid toe. Ik concludeer daaruit dat de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel niet beslissend kunnen zijn voor zijn toepasselijkheid, een conclusie die later nog verschillende malen zal worden bevestigd.

In hoofdstuk 5 bespreek ik de arresten Kramer/ABN AMRO en Gouda/Lutz. Ik probeer te laten zien dat over beide arresten veel misverstanden zijn ontstaan. Het veelbesproken Sint-Willibrord-arrest komt aan de orde in hoofdstuk 6. Tussen deze uitspraak en het nog meer becommentarieerde Oude Monnik Motors-arrest zijn vier arresten gewezen over het bewijs van causaal verband die veel minder de aandacht hebben getrokken. Ik bespreek deze arresten in hoofdstuk 7, omdat zij onder meer de vraag aan de orde stellen wat de omvang van de motiveeringsplicht van de rechter is als hij de omkeringsregel niet toepast. In hoofdstuk 8 bespreek ik het Oude Monnik Motors-arrest, waarin de Hoge Raad een eerste aanzet gaf tot nadere afbakening van de omkeringsregel.

Hoofdstuk 9 valt in zoverre uit de toon, dat ik mijn chronologische bespreking hier even afbreek om terug te kijken op de toepassing van de 'oude' ongevalregel op verkeersongevallen. Ik zal concluderen dat geen inhoudelijk verschil bestaat tussen de 'oude' ongevalregel en de 'nieuwe' algemene regel, en dat het beste kan worden gesproken van één omkeringsregel.

In hoofdstuk 10 bespreek ik het arrest MCL/In 't Hout, dat in de medische wereld enig stof heeft doen opwaaien, en in hoofdstuk 11 komen de beide inform consent-arresten aan de orde.

In hoofdstuk 12 begint het analyserende gedeelte van mijn beschouwingen (waarop in hoofdstuk 9 al een voorschot was genomen). In dit hoofdstuk zet ik uiteen dat de omkeringsregel moet worden begrepen tegen de achtergrond van een veel bredere tendens om de benadeelde tegemoet te komen bij het bewijs van schade en causaliteit wanneer het bestaan van een aansprakelijkheidsgrond reeds vaststaat. Ik tracht die tendens bloot te leggen en trek de conclusie dat de hoofdregel van artikel 150 Rv de rechtswerkelijkheid op dit gebied niet langer goed weergeeft. Ik doe daarop een voorstel voor een bijzondere bewijsregel die voor dit gehele gebied zou kunnen gelden.

Hoofdstuk 13 bevat een zoektocht naar de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel. Waar ik bij uitkom, is dat die rechtvaardiging bestaat uit een feitelijke en een normatieve component. In hoofdstuk 14 bespreek ik de vereisten voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel, die rechtstreeks uit deze inhoudelijke rechtvaardiging voortvloeien. In § 14.6 ga ik apart in op de vraag of de omkeringsregel kan worden toegepast bij whiplash. De eisen die worden gesteld aan het tegenbewijs, komen aan de orde in hoofdstuk 15.

Ik sluit mijn analyses af met een voorstel voor een alternatieve formulering van de omkeringsregel in hoofdstuk 16. In hoofdstuk 17 ten slotte, geef ik nog eens een kort overzicht van de belangrijkste resultaten van mijn beschouwingen.

2 De omkeringsregel bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen

2.1 OORSPRONG VAN HET LEERSTUK: VERKEERS- EN ARBEIDSONGEVALLEN

Volgens artikel 150 Rv (177 oud) draagt de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Op grond van de hoofdregel van dit artikel is het in beginsel de benadeelde die het causaal verband moet bewijzen tussen een wanprestatie of onrechtmatige daad en de door hem gestelde schade.³³ Het artikel noemt de mogelijkheid van een bijzondere regel waaruit iets anders kan voortvloeien. Dat kan ook een in de rechtspraak ontwikkelde ongeschreven rechtsregel zijn.³⁴ Wat inmiddels de omkeringsregel wordt genoemd³⁵ is zo'n bijzondere bewijsregel,³⁶ die oorspronkelijk is ontwikkeld in de rechtspraak van de Hoge Raad over verkeers-³⁷ en arbeidsongevallen.³⁸ Zo oordeelde de Hoge Raad in 1961 naar aanleiding van een verkeersongeval:

“het nalaten van een handeling tot welke men verplicht is juist met het oog op de kans door die handeling een dreigende schade te voorkomen, rechtvaardigt den nalatige voor het intreden van die schade aansprakelijk te stellen tenzij hij aantoonde, dat

-
33. Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 13.1. Althans wat betreft het conditio sine qua non-verband. De toerekeningsvraag van art. 6:98 is een rechtsvraag en leent zich als zodanig niet (rechtstreeks) voor bewijslevering. Zie nader § 3.2.
34. W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A-24, Kluwer, Deventer, 1992, nr. 30, die als voorbeeld noemt HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 m.nt. PAS.
35. De term lijkt te zijn gemunt door H.J. Snijders in zijn noot onder HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz). Sinds hij werd overgenomen door A-G Bakels en de Hoge Raad in HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnik Motors) is hij algemeen gangbaar.
36. Zie in § 7.2 de tekst bij voetnoot 231.
37. Zo bijv. HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (De Groot/RAGOM); HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 (De Brouwer/Van den Besselaar); HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 (Nicolaye/Grooten); HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Rebecca Visser); HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95 (IZA/Waarborgfonds) en HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS (Gouda/Lutz).
38. Zo bijv. HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen); HR 17 november 1998, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen's BV); HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roeffen/Thijssen); HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink); HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert) en HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS (Fransen/Stichting Pasteurziekenhuis). Voor een toepassing bij beroepsziekten zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I). De regel is eveneens toepasselijk wanneer de vordering tot vergoeding van de door een arbeidsongeval geleden schade niet op artikel 7:658 (toen: 7A:1637x), maar op artikel 6:162 wordt gebaseerd, aldus HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits).

ondanks het nakomen van zijn verplichting het schadelijk gevolg naar alle waarschijnlijkheid toch zou zijn ingetreden.”³⁹

Het voorzover mij bekend eerste voorbeeld van toepassing bij een arbeidsongeval is het arrest Windmill/Roelofsen uit 1974.⁴⁰

Wanneer werknemer Roelofsen met een spatbord van een bakfiets in zijn handen een trap wil afdalen in het bedrijfsgebouw van Windmill blijft hij met de hak van zijn schoen achter een drempeltje haken en verliest hij zijn evenwicht. Hij valt van de trap waaraan – in strijd met de veiligheidsvoorschriften – een leuning ontbreekt. Roelofsen loopt daarbij een schedelbasisfractuur op en wordt uiteindelijk 100% arbeidsongeschikt verklaard. Hij spreekt Windmill op grond van artikel 1638x BW (thans 7:658) aan voor vergoeding van zijn schade, stellende dat hij door de afwezigheid van een trapleuning zijn evenwicht niet kon herstellen en daardoor van de trap is gevallen. Windmill bestrijdt dat het ontbreken van de leuning de val heeft veroorzaakt.

De rechtbank oordeelde dat het letsel van Roelofsen moet worden beschouwd:

“als een naar ervaringsregelen te verwachten gevolg van het ontbreken van deze leuning aan de litigieuze trap, nu het ontbreken van deze leuning de kans op het intreden van het gevolg in aanmerkelijke mate heeft verhoogd.”

Het hiertegen gerichte cassatiemiddel faalde. De Hoge Raad overwoog:

“dat naar het, mede op eigen waarneming van de plaatselijke gesteldheid gegronde, oordeel van de Rechtbank het ontbreken van een leuning, welke ter voorkoming van ongevallen wettelijk is voorgeschreven, de kans op het aan Roelofsen overkomen letsel in aanmerkelijke mate heeft verhoogd; dat hiermede het vereiste verband tussen het verzuim van Windmill om het doen hetgeen juist is voorgeschreven met het oog op een gevaar dat zich te dezen heeft verwezenlijkt en het aan Roelofsen overkomen ongeval is vastgesteld, en het op de weg van Windmill zou hebben gelegen om te stellen en aan te tonen dat het aanwezig zijn van een leuning het ongeval waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen; dat voor het oordeel van de Rechtbank omtrent het causaal verband niet behoefde te worden vastgesteld op welk ogenblik en op welke plaats, alsmede door welke directe oorzaak Roelofsen ten val is gekomen.”

Een enkele keer is ook bij de schending van andere veiligheidsnormen geoordeeld dat met de verhoging van het gevaar het causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non*) in beginsel is gegeven.⁴¹ In de literatuur werd algemeen aangenomen dat de toepasselijkheid van de omkeringsregel zich beperkte tot de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Tot betrekkelijk kort geleden nam

39. HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (De Groot/RAGOM). Overigens ging het hier om de causaliteit van gedragingen van eiser die hem werden toegerekend als ‘eigen schuld’.

40. HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS.

41. Zie HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. ARB (Securicor), waarin de beroving van een geldtransport het gevolg werd geacht van fouten die de kans op een beroving als de onderhavige hadden verhoogd.

de rechtspraak die beperking ook in acht. Nog in 1993 achtte de Hoge Raad in het arrest Blok/VARA⁴² de omkeringsregel niet van toepassing in een geval van gestelde winstderving door aantasting van eer en goede naam.

2.2 DE RECHTVAARDIGING VAN DE OMKERINGSREGEL: FEITELIJK VERMOEDEN OF (OOK) NORMATIEVE GRONDEN?

Voordat ik bespreek hoe de omkeringsregel door de Hoge Raad is uitgebouwd tot een algemene regel voor het gehele gebied van de aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad, sta ik stil bij twee kwesties die reeds ten tijde van de 'oude' rechtspraak over verkeers- en veiligheidsnormen speelden en die door de nieuwe ontwikkelingen sterk aan actualiteit hebben gewonnen. Dit zijn de rechtvaardiging van de omkeringsregel, en de eisen die moeten worden gesteld aan het door de gedaagde te leveren tegenbewijs.

Over de vraag wat precies de rechtvaardiging van de omkeringsregel is, heeft de Hoge Raad zich nimmer nader uitgelaten. Het ontbreken van die nadere toelichting zou grond kunnen geven voor de veronderstelling dat het hier in essentie gaat om het *feitelijke vermoeden* dat de schade door de normschending is veroorzaakt. Zo sprak de rechtbank in Windmill/Roelofsen in bovengeciteerde overweging expliciet van een "naar ervaringsregelen te verwachten gevolg". Ook waarnemend A-G Bloembergen zoekt de rechtvaardiging van de omkeringsregel primair in de feitelijke hoek:

"als een (geschreven of ongeschreven) norm is overtreden die ertoe strekt ongevallen van een bepaalde soort te voorkomen, ligt het doorgaans voor de hand dat een ongeval dat na de normovertreding plaatsvindt, ook het gevolg is van die overtreding; wie beweert dat het anders is, moet dat maar bewijzen."⁴³

Dit vermoeden hangt samen met de omstandigheid dat het gaat om schade die een typisch gevolg van de normschending is.⁴⁴ Volgens A-G Ten Kate schuilt de reden voor de omkeringsregel:

"in de omstandigheid dat deze gevaarsverhoging in het gegeven geval kenmerkend was voor het ongeval of de tot de gevallen schade leidende reeks gebeurtenissen zoals dit (deze) zich in feite heeft (hebben) voorgedaan. De strekking van een niet inachtgenomen veiligheidsvoorschrift kan hierbij een belangrijke rol spelen."⁴⁵

Deze verklaring van de omkeringsregel sluit aan bij de omstandigheid dat ook buiten de context van verkeers- en veiligheidsnormen regelmatig het bestaan van *conditio sine qua non*-verband wordt aangenomen op grond van feitelijke

42. HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108.

43. Conclusie voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA).

44. In deze zin o.a. C.J.M. Klaassen, noot bij HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO), AqV 1998, p. 145-148 (op p. 148); Hartlief, AA 2001, p. 458 l.k.

45. Conclusie voor HR 14 januari 1977, NJ 1977, 340 (Expeditiebedrijf/Te Baerts).

vermoedens, maar dan niet bij wijze van algemene regel maar op ad hoc basis.⁴⁶ Soms komt daarbij ook de mogelijkheid van tegenbewijs expliciet aan de orde.

Voor de opvatting van de omkeringsregel als gebaseerd op een feitelijk vermoeden van causaal verband kan ook steun worden gevonden in de omstandigheid dat de Hoge Raad een aantal keren heeft gesproken van een 'aanmerkelijke' gevaarverhoging.⁴⁷ Daaruit lijkt te volgen dat niet *elke* gevaarverhoging, hoe gering ook, aanleiding tot toepassing van de regel kan geven. De kwalificatie 'aanmerkelijk' is echter lang niet altijd gebruikt, waarbij aantekening verdient dat de 'formule' van de omkeringsregel ook niet altijd woordelijk is herhaald.⁴⁸ Bij verkeersongevallen heeft de Hoge Raad voldoende geacht dat 'het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot'.⁴⁹ Ook de 'algemene' omkeringsregel zoals die in het Dicky Trading-arrest is geformuleerd, bevat geen kwalificatie van de mate van gevaarverhoging. Er wordt slechts gesproken van 'een risico ter zake van het ontstaan van schade'. Het is niet duidelijk of hieruit moet worden afgeleid dat lagere eisen aan de mate van gevaarverhoging worden gesteld.⁵⁰

Zelf betoogde ik in mijn proefschrift dat er ook *normatieve gronden* voor de omkeringsregel kunnen worden aangevoerd die samenhangen met de strekking van de geschonden norm.⁵¹ De voornaamste van deze normatieve gronden ligt in het streven om de effectiviteit van de geschonden norm te waarborgen. Volgens Giesen gaat het hier om het centrale principe dat omkering van de bewijslast in het aansprakelijkheidsrecht kan rechtvaardigen.⁵² Bij de schending van veiligheidsnormen is in de praktijk regelmatig twijfel mogelijk over het causaal verband tussen die schending en de opgetreden schade. Afhankelijk van de aard van die betreffende norm en het precieze gevaar waartegen zij beoogt te beschermen, kan die twijfel zelfs per definitie bestaan. Een voorbeeld is de casus van het Windmill-arrest. Zou Roelofsen zijn evenwicht nog hebben kunnen herstellen wanneer de verplichte trapleuning aanwezig was geweest, of had dat zijn val met haar dramatische gevolgen toch niet voorkomen? Dit soort vragen kan achteraf nooit met zekerheid worden beantwoord. Wie hier het bewijsrisico draagt, trekt stevast aan het kortste eind. Indien de benadeelde volgens de hoofdregel van

46. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 14.

47. Zie bijv. HR 21 juni 1974, NJ 1974, 435 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen); HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I).

48. Zie bijv. HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen's BV); HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roeffen/Thijssen).

49. Zie bijv. HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 (De Brouwer/Van den Besselaar); HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Rebecca Visser); HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS (Gouda/Lutz).

50. Zie in dit verband H.J. Snijders, noot bij HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz) onder 2.b.

51. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. KUB 1997), Tjeenk Willink, Deventer, 1997, p. 402 e.v.

52. I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. KUB 2001), Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2001, p. 449 e.v. Voor een beknopte weergave Giesen, NTBR 2001, p. 245-246. Giesen werkt dit gezichtspunt verder uit naar het vereiste van 'structurele bewijsnood'. Zie voor een kritiek daarop § 13.7, alsmede G.J. Visser, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Bespreking van I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. KUB 2001), TCR 2002, p. 15-20 (op p. 20).

artikel 150 Rv onverkort het bewijs van *conditio sine qua non*-verband moet leveren, zou dat ertoe kunnen leiden dat de gedaagde in een meerderheid van gevallen de dans ontspringt. Daardoor zou de betreffende norm de facto een groot deel van haar effectiviteit verliezen. Omkering van de bewijslast waarborgt dan de effectiviteit van de betrokken norm.

Voorts betoogde ik destijds dat ook een samenhang bestaat met de mate waarin de betrokken veiligheidsnorm de strekking heeft potentiële benadeelden in bescherming te nemen tegen hun eigen onvoorzichtigheid. Vaak is het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt (mede) gelegen in de eigen onvoorzichtigheid van de benadeelde, terwijl de betrokken veiligheidsnorm de strekking heeft juist tegen die eigen onvoorzichtigheid te beschermen. Zo ook bij de val van Roelofsen. Wat was nu precies de doorslaggevende causale factor die tot die val leidde? Was dat zijn eigen onvoorzichtigheid (die hem achter het drempeltje deed haken en zijn evenwicht deed verliezen) of was dat de afwezigheid van een trapleuning (waar-aan hij zich misschien zou hebben kunnen vastgrijpen en zo zijn evenwicht herstellen)? Wanneer men Roelofsen onverkort aan het bewijs van het laatste zou houden, zou men, gegeven de praktische onmogelijkheid van dat bewijs, per saldo juist het soort eigen onvoorzichtigheid voor zijn risico brengen waartegen de betreffende veiligheidsnorm hem beoogt te beschermen. Een leuning hoort immers aan een trap vanwege het ervaringsgegeven dat men bij het gebruik van een trap niet altijd de geboden voorzichtigheid in acht neemt. Wie dat wel zou doen, heeft geen leuning nodig. Komt men Roelofsen bij het causaliteitsbewijs niet tegemoet, dan dreigt men met de ene hand (de hoofdregel van art. 150 Rv) de bescherming weg te nemen die met de andere hand (de veiligheidsnorm zelf) wordt gegeven. In zoverre kan het door middel van de omkeringsregel terugdringen van de betekenis van de eigen onvoorzichtigheid van de benadeelde worden gezien als een logisch complement van de beschermende strekking van de norm.⁵³

2.3 DE OMKERINGSREGEL BIJ WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID: UITGEGROEID TOT EEN APART LEERSTUK

Een andere normatieve grond voor de omkeringsregel die ik in mijn proefschrift heb geopperd, betreft specifiek de aansprakelijkheid van de werkgever en ligt in de omstandigheid dat op hem een bijna-risicoaansprakelijkheid rust voor schade die door de werknemer in verband met het werk wordt geleden. Dat relateert het gewicht van andere mogelijke oorzaken dan aanwijsbare tekortkomingen van de werkgever, mits ten minste vaststaat dat de schade daadwerkelijk ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’ is geleden.⁵⁴ Sinds 1997 is de omkeringsregel op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid gecodificeerd in artikel 7:658 lid 2 BW. Althans is inmiddels duidelijk geworden dat de Hoge Raad artikel 7:658 lid 2 zo leest,⁵⁵ en dus niet zo alsof in dit artikellid enkel de bewijslastomkering

53. Zie Akkermans, diss., p. 403-405.

54. Zie nader Akkermans, diss., p. 405-413.

55. Zie HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476 m.nt. PAS (Industromontaza/Banfic); HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS (Franssen/Pasteurziekenhuis).

ten aanzien van de *tekortkoming* van de werkgever is vastgelegd.⁵⁶ Door de samenhang die in het systeem van artikel 7:658 is ontstaan tussen de bewijslastomkering ten aanzien van de tekortkoming en die ten aanzien van het causaal verband,⁵⁷ en vanwege de soms complexe⁵⁸ relatie tot het vereiste dat de schade ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’ is geleden,⁵⁹ heeft de omkeringsregel op dit terrein naar mijn mening een specifieke inhoud gekregen, die mede vanuit de bijzondere sociaal-economische kleur van het arbeidsrecht moet worden begrepen. Daarom lijkt het beter om van een ‘aparte’ regel te spreken (namelijk de geschreven bewijsregel van genoemd artikellid) waarvan de inhoud zelfstandig dient te worden geanalyseerd.⁶⁰ Ik kom op deze kwestie nog terug in § 9.2, maar voor het overige laat ik artikel 7:658 rusten.

Voor ons onderwerp is van belang dat een echte discussie over de rechtvaardiging van de omkeringsregel nooit werkelijk op gang is gekomen, laat staan dat daarover een bepaalde consensus zou zijn ontstaan.

2.4 HET TE LEVEREN TEGENBEWIJS: ONTKRACHTING VAN EEN VERMOEDEN OF ‘TEGENDEELBEWIJS’?

De tweede kwestie waarbij ik stilsta alvorens de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie te bespreken, is de vraag welke eisen precies gesteld worden aan het door de gedaagde te leveren tegenbewijs. Deze kwestie hangt nauw samen met de rechtvaardiging van de omkeringsregel. Is de omkeringsregel enkel gebaseerd op een feitelijk vermoeden van causaal verband, dan zal dat vermoeden in principe eerder door tegenbewijs kunnen worden ontkracht dan wanneer ook normatieve overwegingen een rol spelen. Ook deze kwestie is in de ‘oude’ jurisprudentie nooit uitgekristalliseerd en thans extra actueel geworden.

In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen ‘gewoon’ tegenbewijs en ‘tegendeelbewijs’.⁶¹ Met ‘gewoon’ tegenbewijs wordt bedoeld dat de gedaagde een vermoeden of een voorshandse aannemelijkheid kan ontkrachten door voldoende twijfel te zaaien over de juistheid daarvan. Bij ‘tegendeelbewijs’ zou de gedaagde tot volle overtuiging van de rechter moeten bewijzen dat het tegendeel van dat vermoeden of die aannemelijkheid het geval is.⁶² Het eerste zou voldoende zijn bij ‘oneigenlijke’ of ‘onzuivere’ bewijslastomkering, het tweede zou

56. Aanvankelijk bestond grond om dit laatste te veronderstellen omdat de bedoeling van de wetgever zich tot de bewijslastomkering m.b.t. de tekortkoming beperkte. Zie de memorie van toelichting bij het artikel, TK 1993-1994, 23 438, nr. 3.

57. Soms zijn deze kwesties niet te scheiden. Zie HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink).

58. Zie bijv. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 (Unilever/Dikmans).

59. HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597 (Weststrate/De Schelde).

60. De inhoudelijke noodzaak voor dit onderscheid is dat bij artikel 7:658 de bewijslast al op het bord van de werkgever kan komen vóórdat is komen vast te staan dat een norm werd geschonden die specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen juist het risico dat zich in casu heeft verwezenlijkt, hetgeen de kern is van de inhoudelijke rechtvaardiging van de ongeschreven omkeringsregel (zie hoofdstuk 13).

61. Zie Giesen, diss., p. 14.

62. Zie Giesen, diss., p. 14.

zijn vereist bij ‘echte’ bewijslastomkering (of ‘bewijsrisico-omkering’).⁶³ Giesen neemt aan dat de omkeringsregel een ‘echte’ bewijsrisico-omkering inhoudt waarbij van de gedaagde tegendeelbewijs wordt verlangd.⁶⁴ Anderen betwijfelen dat.⁶⁵

In dit verband verdient opmerking dat de Hoge Raad het te leveren tegenbewijs lange tijd aldus formuleerde, dat de gedaagde dient te stellen en bewijzen dat naleving van de betrokken norm ‘het ongeval waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen’,⁶⁶ maar sinds enige tijd het woord ‘waarschijnlijk’ is gaan weglaten.⁶⁷ Ook in de formule van de ‘algemene’ omkeringsregel zoals die sinds het Dicky Trading-arrest wordt gehanteerd, is het woord ‘waarschijnlijk’ niet meer opgenomen. Het is niet duidelijk of hiermee slechts een grotere beknoptheid wordt nagestreefd, dan wel dat bedoeld wordt hogere eisen aan het te leveren tegenbewijs te stellen.⁶⁸

De aan het tegenbewijs te stellen eisen zijn ook nog van belang voor de vraag hoe de omkeringsregel zich verhoudt tot het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Verschillende schrijvers,⁶⁹ onder wie ikzelf,⁷⁰ hebben ervoor gepleit in voorkomende gevallen een benadering toe te laten waarin omkering van de bewijslast en proportionele aansprakelijkheid met elkaar worden gecombineerd. Daarbij wordt, onder toepassing van de omkeringsregel, vastgehouden aan het uitgangspunt dat de normschending wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn. Als tegenbewijs wordt echter niet alleen toegelaten het bewijs dat de schade door een andere oorzaak is ontstaan (welk bewijs in de regel onmogelijk is), maar ook het bewijs dat een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde thuishoort. Wanneer dit ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ wordt geleverd, zou dat aanleiding kunnen zijn om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen.

63. Zie Giesen, diss., p. 13-14; Asser (1992), p. 23.

64. Giesen (1999), p. 70-71; Giesen, diss., p. 116-117. In vergelijkbare zin Brunner, noot bij HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. (Sint-Willibrord), die meent dat bewezen dient te worden “dat de schade zeker (of ten minste hoogst waarschijnlijk) ook zou zijn ontstaan” (nr. 3). Zie m.b.t. art. 7:658 voorts N. Frenk, Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, A&V 1996, p. 80-82 (op p. 81 r.k.).

65. Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 13.1; Akkermans, diss., p. 396, noot 10. Evenzo – als ik hem goed begrijp – W.D.H. Asser, boekbeschuwing: I. Giesen, Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid, *RM Themis* 2000, p. 141-143 (op p. 142). Een soort tussenpositie lijkt te worden ingenomen door Kaandorp, AA 2001, p. 840-841. Zie voorts het pleidooi van Drion, *NJB* 2000, p. 1959, om geen hoge eisen te stellen aan het tegenbewijs, met bijval van A-G Bakels in aanvullende Conclusie voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. *JBMV* (Oude Monnick Motors).

66. Hierop wijst ook Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 13.1.

67. Zie de verwijzingen in § 15.2, voetnoot 513.

68. Ik bespreek deze kwestie in § 15.5.

69. N. Frenk, Toerekening naar kansbepaling, *NJB* 1995, p. 482-491 (op p. 489); M.F.J. Haak, Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan, AA 1998, p. 138-147 (op p. 147); Giesen (1999), p. 126 e.v.

70. O.a. in Akkermans, diss., p. 419 e.v. en 426 e.v. evenals in: Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 85-134 (op p. 105 en 113).

De aan het tegenbewijs te stellen eisen zal ik bespreken in hoofdstuk 15. Op de mogelijkheid van een proportionele oplossing kom ik terug in § 10.6 en § 15.6.

3 De omkeringsregel als algemene regel

3.1 DE 'RISICO DAT ZICH HEEFT VERWEZENLIJKT'-FORMULE BIJ HET TOEREKENINGSVERBAND: DICKY TRADING I EN VERDER

Het begin van de nieuwe lijn in de jurisprudentie, waarin de omkeringsregel is doorgetrokken naar het gehele gebied van de aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad, wordt doorgaans gelegd bij het Dicky Trading II-arrest uit 1996.⁷¹ De wortels van de algemene toepassing van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule liggen evenwel reeds in het eerste Dicky Trading-arrest uit 1992,⁷² waarin de kwestie echter in de sleutel werd gezet van het toerekeningsverband.

Aanleiding voor beide arresten is de fout van een notaris bij een dubbele onroerendgoedtransactie tussen een naar Canada emigrerende boer, Franken, en een 'geslepen oplichter' genaamd Dick Wille, die gebruik maakt van een buitenlandse rechtspersoon met de naam 'Dicky Trading'. Bij de transactie krijgt Franken slechts een deel van de opbrengst van de verkoop van zijn boerderij in handen. De rest zou hij in Canada wel krijgen, hetgeen fiscaal voordeliger zou zijn. Dit geld wordt echter door Wille verduisterd. Franken spreekt de notaris aan tot schadevergoeding.

In alle instanties wordt ervan uitgegaan dat de notaris een beroepsfout heeft gemaakt door niet te informeren naar de achtergrond van het grote prijsverschil tussen de twee transacties en door Franken niet te wijzen op de risico's van een vordering op een schuldenaar als Dicky Trading. De Rechtbank Utrecht en het Hof Amsterdam wijzen de vordering echter af wegens het ontbreken van causaal verband. Het hof baseert zijn oordeel op het volledige vertrouwen van Franken in Wille, waarvoor het hof tekenend acht dat Franken in 1980-1981 grote bedragen naar met behulp van Wille in Canada geopende bankrekeningen had overgemaakt, welke bedragen vervolgens door toedoen van Wille in februari 1982 niet meer aanwezig bleken te zijn, en dat het vertrouwen van Franken in Wille daarvoor niet werd geschokt.⁷³ Op grond hiervan oordeelt het hof:

"Gelet op de onderhavige, ook naar buiten blijken de vertrouwensband tussen Franken en Wille, had H. in redelijkheid niet behoeven te verwachten en valt aan H. in redelijkheid niet toe te rekenen dat Franken, doordat H. naliet te informeren naar het prijsverschil of naliet te wijzen op het risico, verbonden aan een vordering op Dicky Trading, schade zou lijden als in casu."

Het tegen deze overweging gerichte cassatiemiddel slaagt:

71. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK.

72. HR 18 december 1992, NJ 1994, 181 m.nt. EAAL.

73. De litigieuze transactie vond plaats in mei 1982.

“Deze onderdelen treffen doel, in het bijzonder voor zover zij berusten op de gedachte dat de door het hof tot uitgangspunt genomen verplichting van een notaris in een situatie als waarin H. verkeerde, om naar het prijsverschil te informeren en te wijzen op het risico van een vordering op een schuldenaar als Dicky Trading, er nu juist toe strekte een comparant als Franken te beschermen tegen risico’s als zich in dit geval hebben verwezenlijkt. [...] Wanneer hetgeen zich hier heeft verwezenlijkt – te weten dat het aan Dicky Trading overgemaakte bedrag niet aan Franken is doorbetaald en ook niet door deze kan worden verhaald – behoort tot de risico’s met het oog waarop H. zijn voormelde verplichting als notaris had moeten nakomen, zal de daaruit voortvloeiende schade in beginsel aan hem als een gevolg van de niet-nakoming van die verplichting kunnen worden toegerekend.”

De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof Den Haag met de opdracht om alle omstandigheden van het geval opnieuw te beoordelen, onder meer met het oog op de vraag of Franken eigen schuld aan het ontstaan van de schade heeft. Zie voor het vervolg van de procedure en het tweede Dicky Trading-arrest § 3.3.

Opgemerkt zij dat het Hof Amsterdam de causaliteitsvraag waarschijnlijk ten onrechte in de sleutel van het toerekeningsverband heeft gezet. Aan het doorslaggevende gewicht dat het hof aan de vertrouwensband tussen Franken en Wille toekende, kan immers moeilijk een andere gedachtegang ten grondslag liggen dan dat Franken, wanneer hij wel op de risico’s van de transactie was geweest, vanwege dat vertrouwen de transactie toch zou hebben doorgezet. Een kwestie van *conditio sine qua non*-verband derhalve, en niet van toerekening.⁷⁴ Doordat niettemin van ‘toerekening’ wordt gesproken, verdwijnt dit probleem uit het zicht en wordt het cassatiemiddel in hoge mate een schot voor open doel. Uiteraard valt moeilijk in te zien hoe enerzijds een nalaten juist vanwege de voorzienbaarheid van een bepaalde schade als tekortkoming dient te worden gekwalificeerd, terwijl anderzijds die schade, ondanks diezelfde voorzienbaarheid, niet aan dat nalaten zou kunnen worden toegerekend. Mits *conditio sine qua non*-verband bestaat uiteraard, maar wie zich, zoals het hof, bezig lijkt te houden met de omvangsfase, wekt de indruk de vestigingsfase reeds te zijn gepasseerd.

Hoe dat ook zij, de Hoge Raad is het hof niet te hulp gekomen door in de gewraakte overweging een beslissing over het *conditio sine qua non*-verband te lezen. Behoudens die optie kon de Hoge Raad mijns inziens moeilijk anders beslissen dan hij deed.⁷⁵ De schade is immers hét typische gevolg van de schending van de norm. De beslissing had daarom naar mijn mening ook kunnen worden gemotiveerd door ‘gewoon’ te wijzen op de volstreckte voorzienbaarheid van de betreffende schade. De voorzienbaarheid is immers ook in het kader van de toerekening ex artikel 6:98 BW een factor van belang gebleven.⁷⁶ In plaats daarvan gebruikt de Hoge Raad de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule, mogelijk om de eenvoudige reden dat de feiten, en de wijze waarop het de notaris

74. Zie in dit verband ook mijn commentaar bij de beslissing van het Hof Amsterdam in het Sint-Willibrord-arrest (zie in § 6.3 de tekst bij voetnoot 193, alsmede hetgeen in die voetnoot wordt opgemerkt).

75. Anders: de Conclusie van A-G Mok voor het arrest.

76. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 31. Ook Hartkamp plaatst de beslissing in de sleutel van de voorzienbaarheid. Zie Asser-Hartkamp I, nr. 435.

gemaakte verwijt in feitelijke instanties onder woorden was gebracht, daartoe aanleiding gaven.

Kort na Dicky Trading I wordt in het arrest Nuts/Hofman⁷⁷ een verwante formule, waarin gesproken wordt van de verwezenlijking van een ‘gevaar’ in plaats van een ‘risico’, gehanteerd voor de toerekening⁷⁸ van schade. De ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule komt weer terug in het Wrongful birth-arrest,⁷⁹ waarin zij wat compacter wordt geformuleerd. Een gynaecoloog had bij een vrouw een spiraaltje verwijderd en ten onrechte niet een ander geplaatst. De vrouw vordert schadevergoeding omdat zij tegen haar wens zwanger wordt en een kind ter wereld brengt. De Hoge Raad overweegt dat de arts aansprakelijk is:

“voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. Hiervoor is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Dat geval heeft zich hier voorgedaan.”

Het arrest is een sprekend geval van toepassing van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule op het toerekeningsverband omdat *conditio sine qua non*-verband buiten kijf stond. Dezelfde formule wordt vervolgens toegepast in het Seksueel misbruik-arrest,⁸⁰ waarin het ging om een vrouw die van haar broer vergoeding vordert van schade, bestaande uit gederfde levensvreugde, angst en verdriet, wegens seksueel misbruik op jonge leeftijd. Ook hier zag het verweer enkel op het toerekeningsverband.

3.2 DE BETEKENIS VAN DE ‘RISICO DAT ZICH HEEFT VERWEZENLIJKT’-FORMULE BIJ HET TOEREKENINGSVERBAND: BETER TERUG NAAR AF

Met deze rechtspraak lijkt voor de toerekening van artikel 6:98 BW een nieuw gezichtspunt te zijn geïntroduceerd. Dat sommige schrijvers de toepassing door de Hoge Raad van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule op het toerekeningsverband zonder meer buiten beschouwing laten, lijkt mij dan ook niet juist.⁸¹

Iets anders is dat het om verschillende redenen niet past om bij het toerekeningsverband van ‘de omkeringsregel’ te spreken. In de eerste plaats omdat er niets wordt ‘omgekeerd’. Toerekening is als zodanig geen feitelijke kwestie en dus niet vatbaar voor bewijs en bewijslastverdeling. Anders dan bij toepassing op het *conditio sine qua non*-verband refereert de Hoge Raad hier ook niet aan de mogelijkheid van tegenbewijs.⁸² De vraag of een bepaalde schade (nadat het *conditio sine qua non*-verband is aangenomen) kan worden toegere-

77. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 m.nt. PAS.

78. Althans de Hoge Raad spreekt enkel van ‘toerekening’. Het verweer sloot echter ook het *conditio sine qua non*-verband in.

79. HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB.

80. HR 27 februari 1998, NJ 1998, 417.

81. Zie de verwijzingen in § 6.5 in de voetnoten 205 en 207.

82. Hierop wijst ook D.T.G.J. Kaandorp, De omkeringsregel(s), AA 2001, p. 836-845 (op p. 839 l.k.).

kend is een rechtsvraag die zich niet voor bewijslevering leent. Om deze redenen hebben verschillende schrijvers hun aarzelingen bij de toepasselijkheid van 'de omkeringsregel' op de toerekening geuit.⁸³ Hartkamp stelt voor om hier te spreken van 'argumenteerlast', in plaats van bewijslast.⁸⁴ Dat lijkt mij een nuttige terminologische verfijning. Wel dient men erop bedacht te zijn dat in het kader van dat argumenteren bepaalde feiten ter discussie kunnen komen te staan die relevant worden geacht voor de beslissing over de toerekening, en die feiten kunnen als zodanig weer wél inzet worden van 'echte' bewijslevering. Uit het arrest Nacap/Shellfish⁸⁵ kan worden afgeleid dat argumenteerlast en eventuele 'echte' bewijslast in principe rusten op de gedaagde.

Geen 'omkering' dus, maar wat heeft de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bij het toerekeningsverband dan wél te betekenen? In de betreffende rechtspraak is de schade telkens het typische gevolg van de schending van de norm. Zoals gezegd kan men in zo'n geval ook zeggen dat de schade volstrekt voorzienbaar is. Daarmee lijkt de vraag te zijn in hoeverre de nieuwe formule de voorzienbaarheid als toerekeningsfactor zou moeten of kunnen vervangen, en hoe zij zich verhoudt tot de overige gezichtspunten die in de multifactorbenadering van artikel 6:98 BW plegen te worden meegewogen.⁸⁶

Het antwoord luidt, denk ik, als volgt. Een al te ruime invulling van de betekenis van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule kan moeilijk de bedoeling zijn. Ook hier dient te worden bedacht dat een wanprestatie of onrechtmatige daad altijd wel *enig* 'risico ter zake van het ontstaan van schade' in het leven roept. Ruime lezing van de formule zou daarom betekenen dat alle schade die vervolgens daadwerkelijk ontstaat, ook kan worden toegerekend. Dit zou dus in zeer veel gevallen tot zeer vergaande toerekening leiden. Nu de formule ook zonder meer toepasbaar is buiten de 'traditionele' categorieën van ruime toerekening, zoals letsel door de schending van verkeers- en veiligheidsnormen, zou dat een aanzienlijke wijziging van het geldend recht inhouden. Er is geen reden om te veronderstellen dat de Hoge Raad zo'n wijziging heeft gewild. Daarom lijkt het aangewezen om de formule zo op te vatten dat haar toepasbaarheid beperkt blijft tot de gevallen waarin de schade het *typische* gevolg is van de normschending.⁸⁷ En dat komt, zoals gezegd, op hetzelfde neer als voorzienbaarheid. Het lijkt hier dus slechts om een alternatieve formulering van het gezichtspunt van de voorzienbaarheid te kunnen gaan.

Indien het gebruik van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bij het toerekeningsverband inderdaad neerkomt op een andere formulering van de voorzienbaarheid als toerekeningsfactor, dan volgt daaruit tevens dat het slechts kan gaan om een van de gezichtspunten die in de multifactorbenadering van arti-

83. In deze zin onder meer Sieburgh, WPNR 2001, p. 589 l.k.; Kaandorp, AA 2001, p. 839 l.k.; en A-G Hartkamp in zijn Conclusie voor HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 (informed consent), onder 7. Ook Vranken meent dat de kwestie van de toerekening buiten het bereik van de omkeringsregel valt (Vranken, noot bij Oude Monnick, onder 14).

84. Conclusie voor HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 (informed consent), onder 7.

85. HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831.

86. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 29.5.

87. Zie voor een nadere precisering over hoe de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule moet worden opgevat § 14.8.

kel 6:98 BW moeten worden meegewogen. In een andere opvatting zouden wij de hele discussie over de tekortkomingen van de leer van de adequate veroorzaking moeten overdoen.⁸⁸ Net zo min als alleen de voorzienbaarheid dat kon, kan de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule als enig criterium niet voldoende houvast bieden voor de beantwoording van de toerekeningsvraag. Ook de andere toerekeningsfactoren (trefwoorden: ‘de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade’) zullen moeten worden meegewogen. In zoverre is het dus beter om in deze context met betrekking tot de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule zelfs niet te spreken van een ‘regel’.

Dit geldt temeer waar ook de Hoge Raad de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule bij het toerekeningsverband niet als een vaste regel gebruikt: zoals we zullen zien,⁸⁹ gebruikt de Hoge Raad in het Sint-Willibrord-arrest⁹⁰ een nog veel ruimere formulering (waarin het gaat over een verhoogd gevaar voor *enigerlei* schade) ter motivering van het oordeel dat toegerekend kon worden.

Geen ‘omkering’ dus, want er valt niets om te keren, en geen ‘regel’, want het gaat hooguit om een alternatieve formulering van een reeds bestaand gezichtspunt dat tegen andere aspecten moet worden afgewogen. Dat maakt het wel heel ongelukkig om ook bij het toerekeningsverband te spreken van ‘de omkeringsregel’.

De conclusie lijkt geen andere te kunnen zijn dan dat aan de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule bij het toerekeningsverband beter helemaal géén algemene betekenis kan worden toegekend. Nu de betekenis van deze formule slechts betrekking kan hebben op de voorzienbaarheid, is het beter om dat gezichtspunt bij de naam te noemen in plaats van een quasi-algemene formule te reciteren, want dat kan slechts de aandacht afleiden van de overwegingen waar het werkelijk om gaat. Ik denk dat het de inzichtelijkheid zeer ten goede zou komen wanneer de Hoge Raad deze formule bij het toerekeningsverband niet meer zou bezigen en zijn beslissingen ‘gewoon’ zou motiveren aan de hand van de gezichtspunten zoals die sinds de introductie van de leer van de toerekening naar redelijkheid in rechtspraak en literatuur zijn uitgekristalliseerd.⁹¹

3.3 DE ‘RISICO DAT ZICH HEEFT VERWEZENLIJKT’-FORMULE BIJ HET CONDITIO SINE QUA NON-VERBAND: DICKY TRADING II

In het eerste Dicky Trading-arrest was de zaak ter verdere behandeling verwezen naar het Hof Den Haag. Het hof oordeelt dat het vertrouwen van Franken in Wille weliswaar de schade mede heeft veroorzaakt, maar dat gezien de ernst van het de notaris te maken verwijt geen plaats is voor vermindering van diens vergoedingsplicht wegens eigen schuld van Franken. Het tegen deze beslissing gerichte cassatiemiddel wordt door de Hoge Raad verworpen.

De stelling van de notaris dat de transactie ook zou zijn doorgestaan wanneer hij wel kritische vragen zou hebben gesteld, vindt volgens het hof onvoldoende

88. Zie voor een beknopte weergave van deze discussie Asser-Hartkamp I, nr. 429 e.v.

89. Zie § 6.4.

90. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB.

91. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 26 e.v.

steun in de door de notaris ingeroepen feiten, waaronder de omstandigheid dat Franken al voor de transactie door toedoen van Wille gelden had verspeeld en niettemin geen argwaan had gekregen. Het hof merkt in dit verband op dat niet blijkt dat Franken ooit door een persoon die hij als een autoriteit beschouwde voor Wille was gewaarschuwd. De verwerping van het hiertegen gerichte middel-onderdeel motiveert de Hoge Raad met zijn inmiddels zo bekende overweging:

“Deze oordelen zijn in het licht van hetgeen H. te dezer zake [...] heeft aangevoerd niet onbegrijpelijk en behoeften geen nadere motivering. Zij moeten worden gezien in samenhang met de regel dat, indien door als een onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.”⁹²

In deze overweging wordt de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule uit het eerste Dicky Trading arrest doorgetrokken naar het *conditio sine qua non*-verband.⁹³ Vanwege de ruime formulering en het feit dat hier geen veiligheidsnorm (zoals dat begrip gewoonlijk wordt verstaan)⁹⁴ was geschonden, krijgt deze regel een algemene betekenis. De tot dan toe in acht genomen beperking tot de schending van verkeers- en veiligheidsnormen wordt zonder veel omhaal verlaten. Het is een significante stap, óók ten opzichte van het eerste Dicky Trading-arrest: het afwentelen van onzekerheid over het *conditio sine qua non*-verband houdt immers een aanzienlijk verdergaande beslissing in dan het al of niet toerekenen van bepaalde schadeposten waarvan het *conditio sine qua non*-verband met de gemaakte fout al is vastgesteld.⁹⁵

Dat het om een significante stap gaat, werd ook geconstateerd in de literatuur. Spier merkt op dat deze algemene regel wel erg ver gaat en dat zijn gevolgen moeilijk zijn te overzien. Hij vraagt zich af of een advocaat die een termijn laat verstrijken, zal moeten bewijzen dat het niet-ingestelde rechtsmiddel geen baat zou hebben gebracht, en of een accountant die een onjuiste accountantsverkla-

92. R.o. 3.5.1.

93. De Hoge Raad spreekt van “causaal verband”. Gezien het verweer van de notaris waarop de overweging betrekking heeft, en de formulering over de mogelijkheid van tegenbewijs, gaat het daarbij evident om het *conditio sine qua non*-verband.

94. De Hoge Raad verstaat daaronder in elk geval: normen die strekken ter voorkoming van ongevallen en daaruit voortvloeiend letsel. Zie HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Versluis/Ziekenzorg) en HR 16 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver). In HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (Securicor) werd de omkeringsregel toegepast bij schending van veiligheidsvoorschriften met het oog op het voorkomen van de beroving van een geldtransport die vervolgens daadwerkelijk plaatsvond.

95. Of misschien beter: kennelijk al is vastgesteld. Zie mijn opmerkingen bij het arrest van het hof in Dicky Trading I.

ring aflegt, zal moeten bewijzen dat een derde zonder die verklaring zou hebben afgezien van overname of belegging in de betrokken aandelen.⁹⁶

Giesen kan niet geloven dat de Hoge Raad werkelijk bedoelt de omkeringsregel altijd van toepassing te laten zijn:

“Aanvaarding van die stelling zou tot de conclusie moeten leiden dat (vrijwel) steeds wanneer de onrechtmatigheid of het tekortschieten gegeven is, het causaal verband ook gegeven zou zijn. Immers door een onrechtmatige gedraging wordt (vrijwel) altijd een risico van schade geschapen. Ik geloof niet dat die consequentie gewild of bedoeld is. Dat zou ook te ver voeren. Het aansprakelijkheidsrecht in Nederland zou een geheel andere dimensie krijgen, want het (ontbreken van) causaal verband zou dan in plaats van een voorwaarde voor aansprakelijkheid, een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond geworden zijn.”⁹⁷

Dit ongeloof wordt mede gevoed door eerdere en latere arresten waarin de omkeringsregel niet is toegepast. Zoals gezegd had de Hoge Raad nog in 1993 in het arrest Blok/VARA de omkeringsregel niet van toepassing geacht in een geval van winstderving door aantasting van eer en goede naam (de Dicky Trading-arresten zijn uit 1992 respectievelijk 1996). Ook later verschijnen arresten die niet of moeilijk met een algemene gelding van de omkeringsregel kunnen worden verzoend. Zij komen hierna nog aan de orde.

Andere schrijvers hebben geen moeite met de beslissing. Asser neemt aan dat het wel degelijk om een algemene regel van causaliteitsrecht gaat. Hij vindt deze tamelijk voor de hand liggend en kan niet inzien dat het hier om een zeer vergaande regel zou gaan.⁹⁸ Ook Hartkamp ziet kennelijk geen noodzaak voor een nadere afbakening. In de nieuwe druk van de Asser-serie beperkt hij zich tot de constatering dat de Hoge Raad de omkeringsregel heeft doorgetrokken naar het gehele gebied van de aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad en dat het, gezien de formulering, zijns inziens gaat om een regel met een algemene strekking.⁹⁹

Zelf merk ik over dit arrest het volgende op. De schade is, zoals gezegd, het typische gevolg van de schending van de norm. Toch lijkt het mij (op basis van het beperkte zicht op feiten en omstandigheden dat beide arresten zoals gepubliceerd de lezer gunnen) maar weinig waarschijnlijk dat Franken, indien de notaris hem erop gewezen zou hebben welk risico hij liep, het koopcontract niet zou hebben getekend. In deze zin ook annotator Klein¹⁰⁰ en – afgaande op het cassatiemiddel – de rechtbank in eerste aanleg. In zoverre sneed het causaliteitsverweer van de notaris bepaaldelijk hout. Daarover kan men uiteraard ook anders denken. Maar in elk geval lijkt het moeilijk vol te houden dat de gegeven bewijs-

96. J. Spier, noot bij HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (Dicky Trading II), A&V 1996, p. 42-43, en in dezelfde zin in: A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (preadvies NJV 1996), Tjeenk Willink, Zwolle, 1996, p. 364.

97. Giesen (1999), p. 68 (noten weggelaten).

98. Asser, RM Themis 2000, p. 142 l.k.

99. Asser-Hartkamp I, nr. 434a (inmiddels was ook het Wrongful birth-arrest gewezen, waar de regel was toegepast op het toerekeningsverband).

100. Noot bij HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II), onder 3.

lastverdeling op een *feitelijk vermoeden* van causaal verband zou zijn gebaseerd. Op zijn best zou men kunnen stellen dat de ene mogelijkheid niet waarschijnlijker voorkomt dan de andere, en dat dus over de waarschijnlijkheid van causaal verband niets doorslaggevents te zeggen valt. De rechtvaardiging van de beslissing moet dus in iets anders zijn gelegen. Dat kunnen slechts *normatieve gronden* zijn die samenhangen met de strekking van de geschonden norm. Naar mijn mening komt grote betekenis toe aan de omstandigheid dat de geschonden norm juist beoogde Franken te beschermen tegen zijn eigen onvoorzichtigheid die bij vasthouden aan de hoofdregel van artikel 150 Rv alsnog volledig voor zijn risico zou zijn gebracht.¹⁰¹ Daar komt bij dat een niet-gewaarschuwde cliënt als Franken haast per definitie kan worden tegengeworpen dat een waarschuwing hem toch niet van de fatale rechtshandeling had weerhouden.¹⁰² Zonder omkering van de bewijslast zou de effectiviteit van de norm in het geding kunnen komen.

Het zij erkend dat weinig of niets van dit soort gedachten uit de overwegingen van de Hoge Raad naar voren komt. Zij zouden hooguit impliciet besloten kunnen liggen in het nauwe verband tussen norm en schade waarop de Hoge Raad wijst – in het eerste arrest overigens veel duidelijker dan in het tweede. Toch kan naar mijn mening alleen deze normatieve achtergrond rechtvaardigen dat de bewijslast werd omgekeerd en de drempel voor het tegenbewijs hoger werd geacht dan waaraan de notaris in casu kon voldoen.¹⁰³

Overigens had de beslissing in cassatie als zodanig, dus afgezien van de daarvoor gegeven motivering, maar moeilijk anders kunnen luiden. Het hof besprak zijn oordeel over het causaal verband weliswaar in het kader van het causaliteitsverweer van de notaris, maar deed dat niet op basis van een (expliciete) omkering van de bewijslast. Het middel stelde niet enige verdeling van de bewijslast aan de orde, maar slechts het oordeel dat causaal verband bestond. Beslissingen over het causaal verband zijn in cassatie slechts beperkt toetsbaar.¹⁰⁴ Dat geldt met betrekking tot het *conditio sine qua non*-verband sterker dan met betrekking tot het toerekeningsverband. Het hof had na verwijzing de omstandigheden van het geval opnieuw beoordeeld, en het causaliteitsverweer van de notaris gemotiveerd verworpen. Dat lijkt mij een beslissing die in cassatie in beginsel diende te worden gerespecteerd.¹⁰⁵

Het meest opvallend is uiteraard de motivering van het arrest. Kennelijk heeft de Hoge Raad zijn algemene regel bewust willen geven. Na te hebben geoordeeld dat de oordelen van het hof niet onbegrijpelijk zijn en geen nadere motivering behoeften, had immers ook kunnen worden volstaan met de overweging dat zij voor het overige zozeer van feitelijke aard zijn dat zij in cassatie

101. Ik werk dit uit in § 13.8.

102. Dit geldt bijna altijd bij de schending van een informatieplicht (zie Giesen, AV&S 2001). Of iemand op basis van ten onrechte niet gegeven informatie anders zou hebben gehandeld dan hij deed, is achteraf zeer vaak niet meer met zekerheid vast te stellen. Komt men de eiser hier niet op enigerlei wijze tegemoet (dat hoeft wat mij betreft niet per se door middel van de omkeringsregel te zijn), dan zou de normschender slechts zelden aansprakelijk gehouden kunnen worden, hetgeen afbreuk zou doen aan de effectiviteit van de norm. Zie hierover nader § 13.7.

103. Zie nader hoofdstuk 13.

104. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 40.

105. Dit mede gezien de beperkte reikwijdte van het middel.

niet verder op juistheid kunnen worden getoetst. Dat maakt het eens te meer opmerkelijk dat een nadere motivering voor deze algemene regel ontbreekt. Nu het belang van de beslissing zich uitstrekt over het gehele terrein van de aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad, had die toch eigenlijk wel mogen worden verwacht. Zo merkt Snijders later op dat de omkeringsregel in het arrest “welhaast en passant” is doorgetrokken. Hij wijst erop dat uitzonderingen op de in artikel 150 Rv gecodificeerde hoofdregel van bewijslastverdeling “vragen om een overtuigende argumentatie”.¹⁰⁶

Op zichzelf lijkt het doortrekken van de omkeringsregel buiten zijn oorspronkelijke toepassingsgebied een alleszins begrijpelijke stap. Of men de rechtvaardiging voor deze regel nu zoekt in een feitelijk vermoeden of (ook) in normatieve gronden, in beide gevallen kan deze rechtvaardiging ook bij de schending van andere dan verkeers- en veiligheidsnormen van toepassing zijn.¹⁰⁷ Maar wanneer die stap van een beperkte naar een algemene toepasselijkheid wordt gezet, is het uiteraard wel zaak om een nieuwe begrenzing van de regel aan te geven, dan wel om nader te motiveren waarom deze op het hele gebied van het aansprakelijkheidsrecht zou gelden, waarmee – gezien de potentiële reikwijdte van gebezigde formulering – de hoofdregel van artikel 150 Rv met betrekking tot het causaal verband praktisch gesproken tot uitzondering zou kunnen worden gemaakt. Dat de Hoge Raad het één noch het ander heeft gedaan, maakt het waarschijnlijk dat hij de noodzaak daarvoor eenvoudig niet heeft gezien.

Daar komt bij dat de Hoge Raad verwijst naar “de regel dat” (enz.), waardoor hij de indruk wekt dat hij meent een reeds bestaande regel weer te geven.¹⁰⁸ Een mogelijke verklaring voor deze verwijzing is dat de Hoge Raad zijn ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule uit het eerste Dicky Trading-arrest herhaalt. Zoals gezegd wordt niettemin een aanzienlijk verdergaande beslissing gegeven. Deze verwijzing naar een (in elk geval tot dan toe) niet bestaande regel geeft extra grond voor het vermoeden dat de Hoge Raad niet volledig beseft wat hij lijkt te zeggen.

Zelf heb ik de algemene bewoordingen van het arrest lange tijd beschouwd als een *slip of the pen*.¹⁰⁹ Ook Drion bekent later dat hij:

“dacht dat de Hoge Raad het onbedoeld (als je zoiets mag zeggen van de Hoge Raad), iets te veel in de vorm van een algemeen luidende regel had opgeschreven.”¹¹⁰

Zoals we zullen zien, zal de onzekerheid over de betekenis van het Dicky Trading II-arrest aanvankelijk alleen nog maar toenemen.

106. Noot bij HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz), onder 2.a. resp. 2.b. Ook Hartlief merkt op dat de Hoge Raad zijn stap in Dicky Trading II “zonder nadere toelichting” heeft gezet. Hartlief, AA 2001, p. 455 l.k.

107. In dezelfde zin A-G Bakels in zijn Conclusie voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnick Motors), nr. 2.6. Bovendien heeft de categorie ‘verkeers- en veiligheidsnormen’ niet echt een duidelijke van andere normen af te bakenen inhoud. Zie Hartlief, AA 2001, p. 457.

108. Vgl. J. Spier in Bolt en Spier, preadvies NJV, p. 364: “De Hoge Raad suggereert dat het hier zou gaan om een bestaande ‘regel’, maar dat is m.i. niet het geval.”

109. Dit mede in verband met de hierna te bespreken vervolgarresten.

110. NJB 2000, p. 1957 r.k.

4 De omkeringsregel en het bewijs van schade

4.1 HET ARREST BEURSKENS/NOTARISSEN: ONVERENIGBAAR MET DICKY TRADING II

Acht maanden na het Dicky Trading II-arrest wijst de Hoge Raad opnieuw een arrest over de beroepsaansprakelijkheid van de notaris.¹¹¹ Dit arrest handelt over het geval waarin een notaris verzuimt op tijd een verlengingsverzoek in te dienen voor een pachtovereenkomst.

Beurskens heeft voor de duur van twee jaar een pachtovereenkomst gesloten met Canters. Op de gepachte grond begint Beurskens een bloemenkwekerij. De grondkamer keurt de pachtovereenkomst goed en stelt een tijdvak vast waarin om verlenging van de pachtovereenkomst kan worden verzocht. Beurskens geeft de notaris opdracht dit verzoek in te dienen, maar die verzuimt dat tijdig te doen. Als de overeenkomst eindigt moet Beurskens de grond ontruimen. Beurskens spreekt de notaris aan tot vergoeding van de schade die hij in verband met die ontruiming heeft geleden, door hem gesteld op f 352.278,97 met rente en kosten. De notaris stelt dat het verlengingsverzoek zou zijn afgewezen, omdat de bedoeling van partijen zou zijn geweest dat Beurskens na de afgesproken twee jaar een definitieve keuze zou maken: de grond kopen of ontruimen. Beurskens stelt dat het de bedoeling was geweest dat hij, indien hij na ommekomst van twee jaar het verpachte niet zou kopen, de pacht zou kunnen continueren.

Rechtbank en hof belasten Beurskens met het bewijs van deze stelling en oordelen dat hij daarin niet is geslaagd. Het hof baseert zijn beslissing over de bewijslastverdeling niet alleen op de omstandigheid dat Beurskens eiser is, maar ook op zijn oordeel dat de uitleg van de notaris meer voor de hand ligt.

Het cassatiemiddel doet geen beroep op Dicky Trading II – dat kon waarschijnlijk ook nog niet, gezien de relatief korte tijd tussen beide arresten – maar komt met een eigen regel van vergelijkbare strekking, zij het nog iets algemener geformuleerd (omdat daarin de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule niet voorkomt):

“In een geval als het onderhavige, waarbij slechts zeker is dat pachtverlenging als gevolg van de door de notarissen gemaakte beroepsfout onmogelijk is geworden, moet op grond van het bepaalde in artikel 177 Rv. als bijzondere, althans uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel worden aangenomen dat de notarissen de bewijslast dragen van de stelling dat ook bij een tijdig ingediend verlengingsverzoek Beurskens als gevolg van de fout geen schade heeft geleden.”

Ook in de Conclusie OM wordt Dicky Trading II niet besproken. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep:

111. HR 20 september 1996, NJ 1996, 747 (Beurskens/Notarissen).

“De aan het onderdeel ten grondslag liggende stelling dat bij een beroepsfout als de onderhavige in beginsel niet op de eisende partij de bewijslast rust van zijn stelling dat hij door de fout schade heeft geleden, maar op de gedaagde beroepsbeoefenaar de bewijslast van zijn ontkenning van die stelling, vindt geen steun in het recht. 's Hofs oordeel geeft voorts niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent de verdeling van de bewijslast, te minder nu het Hof daarbij tevens in aanmerking heeft genomen dat naar zijn oordeel het standpunt van de notarissen inhoudende dat Beurskens na verloop van twee jaar een definitieve keuze moest maken: kopen of vertrekken, meer voor de hand ligt.”

Hier géén algemene regel van bewijslastomkering derhalve. Aan Dicky Trading II wordt niet gerefereerd.

Het arrest heeft vraagtekens opgeroepen in de literatuur. Asser veronderstelt dat het “niet aanstonds te verklaren verschil” met Dicky Trading II moet worden gezocht in de omstandigheid dat de Hoge Raad een zo algemene regel van bewijslastomkering als het middel voorstelde niet wil, maar sluit niet uit dat de Hoge Raad zijn eerdere arrest “niet bij de beoordeling heeft betrokken.”¹¹² Giesen leidt uit het arrest af dat Dicky Trading II toch niet een algemene gelding heeft.¹¹³

Anderen menen dat beide arresten wel degelijk met elkaar kunnen worden verzoend. Klaassen meent dat het verschil tussen beide arresten hierin is gelegen, dat in Dicky Trading II het schaderisico dat door de beroepsfout was ontstaan zich had verwezenlijkt, terwijl het in Beurskens/Notarissen nog maar zeer de vraag was of er door de beroepsfout van de notaris wel schade was ontstaan.¹¹⁴ Later, in zijn Conclusie voor het Oude Monnink Motors-arrest,¹¹⁵ sluit A-G Bakels zich bij de verklaring van Klaassen¹¹⁶ aan, zij het dat hij meent dat voor toepassing van de omkeringsregel de schade niet hoeft ‘vast te staan’, maar dat voldoende is dat deze ‘voldoende aannemelijk’ is. Naar zijn mening sluit die laatste, soepeler, voorwaarde beter aan bij de strekking van de omkeringsregel dan de eerste. Ook Hartkamp meent dat in dit soort gevallen, anders dan wanneer de omkeringsregel van toepassing is, niet zeker is dat daadwerkelijk schade is geleden (en wel schade van het type waartegen de overtreden norm beoogt te beschermen).¹¹⁷

Zelf meen ik dat het onderscheid tussen het bewijs van causaal verband en het bewijs van schade waarop deze uitleg is gebaseerd, niet houdbaar is. Het was niet zo dat het door Beurskens gestelde nadeel van f 352.278,97 mogelijk slechts ingebeeld of voorgewend was. Dat was althans niet de inzet van de discussie. De inzet van de discussie was of het wel de fout van de notaris was, die tot dat nadeel had geleid. In dit soort situaties zijn de juridische categorieën ‘schade’ en ‘causaliteit’ tot op grote hoogte uitwisselbare perspectieven. Denkt men vanuit de fout, dan is de vraag of zij wel tot schade heeft geleid. Denkt men vanuit de schade,

112. W.D.H. Asser, *Vademecum burgerlijk procesrecht*, Bijlage I, nr. 5.3.2.

113. Giesen (1999), p. 69-69, alsmede noot 451.

114. Klaassen, A&V 1998, p. 147-148.

115. Conclusie voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnink Motors).

116. Door hem abusievelijk aangeduid als Stolker. Ik vermoed dat het gebruik om annotatoren slechts met hun initialen aan te duiden hem hier heeft opgebroken.

117. Zie Asser-Hartkamp I, (aan het eind van) nr. 434c. Hartkamp bespreekt hier niet het Beurskens/Notarissen-arrest (maar het leerstuk van het verlies van een kans), maar uit zijn verwijzing naar dat arrest blijkt dat hij het een voorbeeld van de door hem besproken situaties vindt.

dan is de vraag of zij wel door de fout werd veroorzaakt. De onzekerheid die inzet is van de bewijslastverdeling, kan dan onder beide noemers aan de orde worden gesteld, al ligt de ene benadering soms meer voor de hand dan de andere.¹¹⁸ Hartlief heeft erop gewezen dat de vraag welke juridische ‘verpakking’ uiteindelijk wordt gekozen, vaak afhangt van de wijze waarop partijen zich tegen elkaars stellingen verweren.¹¹⁹ Naar mijn mening zijn Dicky Trading II en Beurskens/Notarissen, naar de letter genomen, niet met elkaar verenigbaar.¹²⁰

Het belang van deze kwestie overstijgt de uitleg van het arrest Beurskens/Notarissen ruimschoots.¹²¹ Zij is onmisbaar voor een goed begrip van de potentiële reikwijdte van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule. De hier bedoelde uitwisselbaarheid heeft tot gevolg dat bijna het gehele gebied van het bewijs van schade binnen het bereik van de omkeringsregel zou kunnen worden gebracht. Daarom sta ik hier wat uitvoeriger bij deze kwestie stil. Pas in § 4.6 pak ik de draad weer op met mijn eigen waardering van het arrest Beurskens/Notarissen.

4.2 SCHADE EN CAUSALITEIT: UITWISSELBARE PERSPECTIEVEN

Ik schreef zojuist dat het door Beurskens opgevoerde nadeel (het verlies van f 352.278,97 wegens het ontruimen van de grond) als zodanig niet ter discussie stond. Hoe kan dan toch de vraag worden gesteld of Beurskens wel schade had geleden?¹²² Dat komt omdat men het woord ‘schade’ dan betreft op een bepaalde oorzaak die het vertrekpunt van de vraagstelling is. In dit geval is dat de fout van de notaris. En wanneer niet die fout de oorzaak van het opgevoerde nadeel was, maar een gang van zaken die voor Beurskens’ eigen risico komt, dan kan men zeggen dat hij in werkelijkheid geen ‘schade’ heeft geleden. Bloembergen heeft hierop gewezen in zijn dissertatie:

“Schade is een *causaal* begrip. Daarmee bedoel ik, dat de schade niet te omschrijven is zonder uitdrukkelijk of stilzwijgend in de omschrijving op te nemen, dat zij door een bepaalde gebeurtenis veroorzaakt is. Schade is altijd het gevolg van een zekere gebeurtenis; het is een – nadelige – verandering, die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest. [...] Het is vooral goed zich dit causale karakter van het schadebegrip voor ogen te houden, als er naast de onrechtmatige daad nog een andere schadetoebrengende gebeurtenis in het spel is. Men kan dan vaak tweeërlei redeneermethode volgen. In de eerste plaats kan men als uitgangspunt nemen, dat er schade

-
- 118. Spier heeft in verband met de omkeringsregel al direct op de verwevenheid van schade en causaal verband gewezen. Zie Spier, A&V 1996, p. 43, alsmede Bolt en Spier, preadvies NJV, p. 364.
 - 119. T. Hartlief, Proportionele aansprakelijkheid: een introductie, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 1-25 (op p. 5-6).
 - 120. Eerder met dezelfde conclusie Akkermans (2000), p. 112.
 - 121. Ook in de discussie over de toelaatbaarheid van een proportionele aansprakelijkheid speelt deze kwestie een centrale rol. Zie Akkermans (2000), p. 87-101 (en over de omkeringsregel p. 112), alsmede Akkermans, VR 2001, p. 49.
 - 122. Overigens werd de vraag in Beurskens/Notarissen niet eens zo geformuleerd. De Hoge Raad spreekt van het bewijs “van zijn stelling dat hij *door de fout* schade heeft geleden” (cursivering toegevoegd). Die formulering kan men sowieso in tweeërlei zin opvatten.

geleden is en zich vervolgens afvragen, wat nu de oorzaak van die schade is: de onrechtmatige daad of de andere gebeurtenis. Men kan zich echter ook afvragen: is er wel schade geleden, want zou precies dezelfde situatie niet zonder de onrechtmatige daad ook ontstaan zijn. Een voorbeeld ter verduidelijking: Als het gaat om de vaststelling van de schade, die het gevolg is van een onrechtmatig beslag op een schip, kan als verweer worden gevoerd, dat dit schip toch niet zou zijn gebruikt, bijv. omdat het gerepareerd moest worden. Dit verweer nu kan ingekleed worden in de vorm: er is geen stilligschade, want het schip zou toch niet gevaren hebben, maar ook in de vorm: het causaal verband tussen onrechtmatig beslag en stilligschade ontbreekt, want zonder dat beslag zou het schip ook stil gelegen hebben.”¹²³

Deze uitwisselbaarheid van perspectieven geldt ook voor de situatie in de arresten Dicky Trading II en Beurskens/Notarissen. In beide casus kan men het bewijsprobleem verwoorden als een van causaal verband én als een van schade. Men kan de door de benadeelde gestelde schade als uitgangspunt nemen (het verlies wegens het niet kunnen verhalen van de vordering op Dicky Trading, respectievelijk het verlies wegens de ontruiming van de gepachte grond) en vervolgens de vraag centraal stellen wat nu de oorzaak van die schade is: de beroepsfout van de notaris of de andere mogelijke gang van zaken (het sowieso doorzetten door Franken van de transactie, respectievelijk het sowieso niet honoreren van het verleningsverzoek door de pachtkamer). Maar men kan in beide gevallen ook de fout van de notaris als uitgangspunt nemen en vervolgens de vraag centraal stellen of door die fout wel daadwerkelijk schade is geleden, omdat de benadeelde mogelijk ook zonder die fout in precies dezelfde situatie geraakt zou zijn.

Toegepast op Beurskens/Notarissen: hier kan het bewijsprobleem evengoed worden geformuleerd als een van causaal verband. Men kan de processuele positie van Beurskens zodanig verwoorden dat zijn schade (het verlies van f 352.278,97 wegens het ontruimen van de grond) vaststond, maar dat het causaal verband tussen de fout van de notaris en deze schade in het geding was. Toegepast op Dicky Trading II: hier kan het bewijsprobleem evengoed worden geformuleerd als een van schade: het probleem kan zo worden verwoord dat niet vaststond of Franken door de fout wel enige schade had geleden, omdat hij zijn geld mogelijk evenmin had gekregen als de notaris wél op de risico's van de transactie had gewezen.¹²⁴

De uitwisselbaarheid van schade en causaliteit in de situaties waarover het hier gaat, vindt haar verklaring in de gemeenschappelijke factor die zij hebben door de noodzaak om een vergelijking te maken met de toestand zoals die zou zijn geweest wanneer het aansprakelijkheidscheppende feit zich niet had voorgedaan. Of het nu gaat om het vaststellen van *conditio sine qua non*-verband of van schade, in beide gevallen moet een ‘wegdenkoefening’ worden uitgevoerd met dezelfde hypothetische gang van zaken als vergelijkingspunt. In veel gevallen levert dat geen bijzondere problemen op, maar kenmerkend voor de situaties

123. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht 1965), Kluwer, Deventer, 1965, p. 14-15. Zie over het causale karakter van het begrip schade voorts J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, 2e druk, bewerkt door L. de Wilde, A. Claeys en I. Mallems, Story-Scientia, Gent, 1984, nr. 22.

124. Eerder in dezelfde zin Akkermans (2000), p. 112.

waarover het hier gaat, is dat deze hypothetische gang van zaken zich niet met zekerheid laat vaststellen. Het kan zijn dat de situatie van de benadeelde zich in dezelfde ongunstige zin zou hebben ontwikkeld, maar zeker is dat niet. Dat levert zowel in het kader van de causaliteitsvraag als in dat van de schadevraag hetzelfde bewijsprobleem op: wat zou de situatie van de benadeelde zijn geweest wanneer het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden?¹²⁵

Deze uitwisselbaarheid van perspectieven breekt ons op wanneer wij in het onderscheid tussen causaliteitsbewijs en schadebewijs een afbakening zoeken voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel. Volgens zijn formulering dient deze regel zich ter toepassing aan wanneer een onrechtmatige daad of wanprestatie een risico op schade in het leven heeft geroepen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Het probleem is dat dit met enige goede wil bijna altijd kan worden gezegd wanneer niet zeker is of een fout schade heeft veroorzaakt. Dat hangt eenvoudig af van de wijze waarop men het betreffende risico omschrijft (zoals we zullen zien, speelt dit ook bij de afbakening van de omkeringsregel die de Hoge Raad heeft geïntroduceerd in het Oude Monnick Motors-arrest).¹²⁶ Ook de casus van Beurskens/Notarissen kan men zo verwoorden dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule van toepassing is: door de fout van de notaris werd het risico in het leven geroepen dat de pachtovereenkomst niet zou worden verlengd om de enkele reden dat het verzoek daartoe niet tijdig werd ingediend. Dit risico heeft zich gerealiseerd: de pachtovereenkomst werd niet verlengd. Met het oog op hetgeen Hartkamp in dit verband opmerkt, voeg ik hieraan toe dat men ook kan zeggen dat de schade van het type is waartegen de overtreden norm beoogt te beschermen: het is zaak een verzoek tot verlenging tijdig in te dienen juist omdat anders zeker niet zal worden verlengd.¹²⁷

Hiermee wil ik niet zeggen dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule op elke casus waarin onzekerheid bestaat of een fout schade heeft veroorzaakt even goed past, maar slechts dat het bijna altijd mogelijk is om naar die toepasselijkheid toe te formuleren. De woordenstrijd die daardoor wordt uitgelokt, moge voor partijen in een procedure een legitiem strijdmiddel zijn, de rechter die de knoop moet doorhakken, behoort dat te kunnen doen op een meer solide basis.

Behalve dit praktische bestaat ook een meer principieel bezwaar tegen het voorgestelde onderscheid. Telkens wanneer niet zeker is of een fout schade heeft veroorzaakt, zijn schade en causaliteit tot op grote hoogte uitwisselbare perspectieven. In de hier besproken gevallen, waarin het probleem bij het schadebewijs en bij het causaliteitsbewijs in één en dezelfde hypothetische situatie schuilt (hoe zou de benadeelde ervoor hebben gestaan indien de fout niet zou zijn gemaakt?), is de ene benadering niet inhoudelijk zuiverder dan de andere.¹²⁸ Of men de rechtvaardiging voor de omkeringsregel nu zoekt in een feitelijk vermoeden of (ook) in normatieve gronden, tussen problemen van schade en van causaal verband kan dan niet een zodanig inhoudelijk en objectief onderscheid worden

125. Zie nader Akkermans (2000), p. 91-94.

126. Zie § 8.8.

127. Zie over de toepasselijkheid van de omkeringsregel op deze casus nader § 14.3.

128. Evenzo Hartlief (2000), p. 6.

gemaakt dat dit het voorgestelde verschil in rechtsgevolg – de omkeringsregel categorisch toepasselijk of niet – zou kunnen rechtvaardigen.¹²⁹ Welke kant van de medaille partijen elkaar en de rechter voorhouden – schade of causaliteit – behoort niet bepalend te kunnen zijn voor de uitkomst.

4.3 CAUSALITEIT UND KEIN ENDE:¹³⁰ BEROEP OP DE OMKERINGSREGEL PER AFZONDERLIJKE SCHADEPOST

De consequentie hiervan lijkt te zijn dat, nu wij op gezag van de Hoge Raad een omkeringsregel hebben voor het bewijs van causaal verband, wij er per saldo ook een hebben voor het bewijs van schade. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat het met die potentiële ‘doorwerking’ van de omkeringsregel naar het bewijs van schade in het algemeen zo’n vaart toch niet zal lopen, omdat tussen causaliteit en schade ook aanzienlijke verschillen bestaan. Dat er verschillen bestaan is juist, en het gaat zeker niet aan beide leerstukken volledig op één hoop te gooien. Een belangrijk onderscheid is dat de waardering van schade in de regel een kwestie is van meer of minder, terwijl het vaststellen van *conditio sine qua non*-verband in beginsel een kwestie is van ja of nee (ik laat de mogelijkheid van een proportionele benadering hier even buiten beschouwing).¹³¹

Maar de betekenis van dit verschil is veel beperkter dan men misschien zou denken. In veel gevallen wordt de discussie over het al of niet door een fout veroorzaakt zijn van schade per afzonderlijke schadepost of -factor gevoerd.¹³² Voorzover deze schadeposten samenhangen met een afzonderlijke schakel in de causale keten, kan de vraag naar het al of niet daadwerkelijk geleden zijn daarvan, telkens opnieuw weer de vorm krijgen (en krijgt die vaak ook) van de vraag naar het causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non*) tussen de fout en de betreffende schadepost. Wat dit betreft, wordt wel ten onrechte gesuggereerd dat zodra het *conditio sine qua non*-verband met een eerste schadepost vaststaat (men spreekt dan van ‘vestiging’), het voor het overige allemaal een kwestie van toerekening zou zijn (wat dan wordt aangeduid met ‘omvang’). Niets is minder waar. Ook (of misschien zelfs: juist), bij schadeposten die verder in de causale keten zijn gelegen, kunnen zich vragen van *conditio sine qua non*-verband voordoen.

Dit klinkt allemaal erg abstract en vraagt om een voorbeeld. Nemen wij de casus van het arrest Vehof/Helvetia.¹³³ Vehof is gewond geraakt bij een verkeersongeval waarvoor Helvetia als WAM-verzekeraar aansprakelijkheid heeft erkend. Ten tijde van het ongeval verrichtte Vehof geen betaald werk maar had zij het voornemen om een opleiding te gaan volgen tot zieken/bejaardenverzorgster. Na het ongeval wordt zij voor een dergelijke opleiding aangenomen, maar wegens de

129. Om dezelfde reden kan men met dit onderscheid evenmin de toelaatbaarheid van een proportionele aansprakelijkheid afbakenen. Zie Akkermans (2000), p. 87-101, alsmede Akkermans, VR 2001, p. 49.

130. Naar Langemeijer (1981).

131. Zie over proportionele aansprakelijkheid § 10.6, § 11.4, § 15.6 en § 16.10.

132. Zie bijv. Hof Arnhem 3 april 2001, LJN AB1425, r.o. 4.12.

133. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

door het ongeval veroorzaakte klachten (whiplash) meldt zij zich bij aanvang van die opleiding af. Vehof stelt dat zij zonder ongeval de opleiding zou hebben afgerond en betaald werk zou hebben gevonden en vordert een bedrag van meer dan f 600.000 arbeidsvermogensschade. Helvetia stelt gemotiveerd dat Vehof ook zonder het ongeval haar opleiding niet tot een goed einde zou hebben kunnen brengen en daarbij aansluitend werk zou hebben gevonden.

Het arrest, dat stamt uit 1998, werd gewezen in de sleutel van het bewijs van arbeidsvermogensschade. De andere door Vehof geleden schadeposten (materiële schade, smartengeld) stonden niet ter discussie. Daarvoor had Helvetia gewoon aansprakelijkheid erkend. De Hoge Raad overwoog dat aan het door Vehof te leveren bewijs geen strenge eisen mogen worden gesteld. Een bepaalde bewijslastverlichting dus, geen bewijslastomkering.¹³⁴

Vandaag de dag zou Vehof zich waarschijnlijk beroepen op de omkeringsregel. Zij kan daartoe stellen dat door het onrechtmatige rijgedrag van de verzekerde van Helvetia het risico in het leven is geroepen dat zij zodanig letsel zou lijden dat zij haar opleiding niet met goed gevolg kon afronden. Dat risico heeft zich vervolgens gerealiseerd: zij heeft haar opleiding niet met goed gevolg afgerond. Daarmee is het causaal verband met de verkeersfout gegeven, behoudens tegenbewijs (Dicky Trading II), en zal de gestelde arbeidsvermogensschade in beginsel aan Helvetia als een gevolg van het ongeval kunnen worden toegerekend (Dicky Trading I). Vehof kan daar nog aan toevoegen dat de schade van het type is waartegen de overtreden norm beoogt te beschermen: het is zaak geen verkeersfouten te maken omdat dat tot letsel schade kan leiden met alle mogelijke gevolgen van dien.¹³⁵

Ook hier zien wij dat het mogelijk is om naar de toepasselijkheid van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule toe te formuleren. Dat kan bovendien voor meer dan één afzonderlijke schadepost tegelijk: een verkeersfout roept tal van risico's op onfortuinlijke ontwikkelingen bij een letselsoffer in het leven. Deze mogelijkheid staat open omdat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule niet alleen op de eerste schakel in de causale keten kan worden toegepast (hier: het verband tussen het rijgedrag van de verzekerde van Helvetia en het ongeval), maar zich ook naar toepasselijkheid op latere schakels toe laat formuleren. Zoals het verband tussen ongeval en whiplashklachten, het verband tussen whiplashklachten en het niet met goed gevolg afronden van een opleiding, het verband tussen dat niet afronden en het niet verkrijgen van een daarbij aansluitende baan, het verband tussen dat niet verkrijgen en andere inkomsten- en uitgaven beïnvloedende stappen die de benadeelde in zijn leven heeft gezet of gezet zou kunnen hebben, enzovoort.

134. Vehof/Helvetia werd wel zo geïnterpreteerd dat de benadeelde bij goede en kwade kansen *altijd* het voordeel van de twijfel zou toekomen, maar deze uitleg is ontzenuwd in het arrest Van Sas/Interpolis, HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 m.nt. CJHB. Beide arresten tezamen genomen zou men aldus kunnen samenvatten dat bij het bewijs van arbeidsvermogensschade een bepaalde marge van onzekerheid voor rekening van de gedaagde komt, maar dit slechts binnen redelijke grenzen. Zie over deze materie nader Akkermans (2000), p. 119-124.

135. Dit argument treft echter geen doel, zie § 14.6 en § 14.7.

Het gaat hier bepaald niet om een theoretische kwestie. In de praktijk ziet men dit naar de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule toe formuleren al op ruime schaal gebeuren. Er verschijnt ook steeds meer lagere rechtspraak waarin de omkeringsregel op verder gelegen schakels in de causale keten wordt toegepast.¹³⁶ Het veel omstreden verband tussen het ongeval en whiplashklachten lijkt hierbij een voor de hand liggende favoriet. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de Conclusie van A-G Bakels voor het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef.¹³⁷

De Greef stond voor een rood stoplicht te wachten toen hij van achteren werd aangereden door een ongeveer 50 km per uur rijdende personenauto bestuurd door de verzekerde van Zwolsche Algemeene. Ter discussie stond het causaal verband tussen dit ongeval en de door De Greef gestelde arbeidsongeschiktheid. Het hof overweegt dat de bewijslast dienaangaande bij De Greef berust, maar oordeelt hem in dat bewijs geslaagd. Advocaat-generaal Bakels merkt hierover op:

“In het onderhavige geval zou ik zeggen dat degene die met 50 km/uur op een rood stoplicht afrijdt, het risico op het ontstaan van schade door een aanrijding in het leven roept, zodat de omkeringsregel toepasselijk is als de aanrijding vervolgens plaatsvindt. Dit betekent dat het hof in onze zaak de bewijslast niet juist heeft verdeeld omdat de (WAM-verzekeraar van de) dader had behoren aan te tonen dat de schade ook zou zijn geleden (lees: De Greef zijn gezondheidsklachten ook zou hebben gehad) zonder die aanrijding.”¹³⁸

De A-G acht de omkeringsregel hier dus toepasselijk op het verband tussen aanrijding en gezondheidsklachten, in casu de tweede schakel in de causale keten, en kennelijk ook op het verband tussen gezondheidsklachten en arbeidsongeschiktheid, de derde schakel.¹³⁹ De eerste schakel, het verband tussen rijgedrag en aanrijding, stond in het geheel niet ter discussie. Ik merk op dat niets in wat de A-G hier zegt aanleiding geeft voor de veronderstelling dat het wat hem betreft bij die derde schakel zou stoppen. De omkeringsregel lijkt in zijn opvatting onbeperkt door te werken, de hele causale keten lang. Dat daarmee een groot scala aan potentiële schadeposten binnen zijn bereik lijkt te worden gebracht, behoeft geen betoog.¹⁴⁰

136. Zie bijv. Hof Arnhem 3 april 2001, LJN AB1425 (causaal verband tussen ongeval en whiplashklachten); Pres. Rb. Groningen 9 februari 2001, KG 2001, 81 (causaal verband tussen ongeval en klachten c.q. arbeidsongeschiktheid).

137. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

138. Voetnoot 5 bij de Conclusie OM.

139. Het arrest en de geciteerde opvatting van A-G Bakels zijn aanleiding geweest voor bespiegelingen in de literatuur over de vraag of de omkeringsregel bij dit soort causaliteitskwesties kan worden toegepast. Zie G.C. Endedijk, noot bij HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef), *TVP* 2001, p. 89-91; R.J.P. Kottentagen, Bewijs causaal verband tussen ongeval en gezondheidsklachten en de betekenis van het deskundigenbericht, *NbBW* 2001, p. 110-112; P.J.M. Houben, Causaliteit en deskundigenonderzoek bij ongeval met whiplashtrauma, *PIV Bulletin* 2001/5, p. 1-6, met een reactie van D. Geeraths in *PIV Bulletin* 2001/7, p. 8 en een naschrift van Houben in *PIV Bulletin* 2001/7, p. 9. Zie voor mijn opvatting § 14.6.

140. Ik tracht deze opvatting te ontzenuwen in hoofdstuk 14, met name in § 14.6 en § 14.7.

4.4 OOK VRAGEN VAN SCHADE-OMVANG KUNNEN BINNEN HET BEREIK VAN DE OMKERINGSREGEL WORDEN GEBRACHT

Het gevolg van dit alles is dat de omkeringsregel zich ook op het gehele terrein van het bewijs van schade kan gaan doen gelden. Op het eerste gezicht lijkt er nog een gebied te zijn dat hiervan gevrijwaard blijft, namelijk het bewijs van de *omvang* van de schade, althans de omvang per schadepost (in tegenstelling tot het bewijs van het *bestaan* daarvan). Dit omdat daarvoor de gewone regels van bewijsrecht niet gelden: bij het vaststellen van de omvang van schade komt de rechter een zeer grote vrijheid toe, desnoods is hij bevoegd de schade te schatten.¹⁴¹ Maar ook hier blijken de grenzen bij nader inzien vloeiend. De causaliteitsvraag, en daarmee de omkeringsregel, kan ook worden betrokken op een bepaalde schade-*factor* die slechts de omvang van een of meer schadeposten beïnvloedt.

Het voorbeeld van Vehof/Helvetia kan dit illustreren. In dit arrest werd op de vraag of Vehof arbeidsvermogensschade had geleden, vanwege de inhoud van het verweer van Helvetia hoog ingezet: f 600.000 of niets, afhankelijk van de vraag of Vehof als gediplomeerd zieken/bejaardenverzorgster zou zijn gaan werken. In veruit de meeste gevallen zal het al of niet als gevolg van gezondheidsklachten hebben kunnen afmaken van een bepaalde opleiding slechts de *omvang* van de geleden arbeidsvermogensschade beïnvloeden. Toch laat de vraag of het niet afmaken van die opleiding een gevolg was van het ongeval, zich zo formuleren dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule, en daarmee de omkeringsregel, daarop van toepassing is. Zie mijn voorbeeldformulering van zo-even. Met als gevolg dat aangenomen zou moeten worden dat de gestelde factor een gevolg van de fout is, behoudens tegenbewijs dat uit de aard der zaak niet te leveren is. En dus zou er bij de berekening van de arbeidsvermogensschade van moeten worden uitgegaan dat de opleiding in de situatie zonder ongeval met succes zou zijn afgerond.

Op dit punt aangekomen hebben wij dan eindelijk een duidelijke externe¹⁴² grens voor de mogelijke reikwijdte van de omkeringsregel bereikt. Toepassing van de omkeringsregel zou hier in strijd komen met het wettelijke systeem. Zoals Brunner in zijn noot onder het arrest Van Sas/Interpolis¹⁴³ terecht opmerkt, is het wettelijk uitgangspunt dat niet alleen goede maar ook kwade kansen in aanmerking genomen moeten worden (art. 6:105 BW). Toepassing van de omkeringsregel zou de onzekerheden waar dit 'afwegen van goede en kwade kansen' betrekking op heeft, volledig voor rekening brengen van de aansprakelijke partij. Dat is niet te rijmen met artikel 6:105 BW. De recente jurisprudentie van de Hoge Raad over deze materie houdt ook een veel genuanceerder en evenwichtiger benadering in, die erop neerkomt dat een bepaalde marge van onzekerheid voor rekening van de gedaagde kan worden gebracht, maar dit slechts binnen redelijke grenzen.¹⁴⁴

141. Zie Schadevergoeding (Lindenbergh) Art. 97, aant. 3, 19 en 20.

142. In werkelijkheid is de omkeringsregel ook *naar zijn aard* bij lange na niet zo ruim toepasselijk. Zie daarover hoofdstuk 14.

143. HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 m.nt. CJHB.

144. Zie voetnoot 134.

4.5 DE LETTERLIJKE BEWOORDINGEN VAN DE OMKERINGSREGEL KUNNEN NIET BESLISSEND ZIJN VOOR ZIJN TOEPASSELIJKEHEID

De conclusie lijkt onontkoombaar: wanneer benadeelden als Beurskens of Vehof in de toekomst expliciet de toepasselijkheid van de omkeringsregel zouden willen invoeren, hoeven zij hun stellingen slechts anders in te richten. In de praktijk ziet men dit naar de toepasselijkheid van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule toe formuleren ook op ruime schaal gebeuren. Naar de letter van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule genomen kan bijna het gehele gebied van het bewijs van schade binnen het bereik van de omkeringsregel worden gebracht.

Het lijkt niet goed voorstelbaar dat de Hoge Raad zich deze potentiële reikwijdte van zijn nieuwe regel heeft gerealiseerd. En het lijkt nog minder voorstelbaar dat hij van dat brede toepassingsgebied een voorstander zou zijn. Uit de lijn die met het Oude Monnick Motors-arrest is ingezet, kan ook worden afgeleid dat dit niet het geval is. Naar mijn mening is volstrekt duidelijk dat de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel niet beslissend kunnen zijn voor zijn toepasselijkheid. Het toepassingsbereik van de omkeringsregel zal door middel van aanvullende voorwaarden moeten worden ingeperkt.

Nu probeert de Hoge Raad sinds het Oude Monnick Motors-arrest tot een inperking te komen door een nadere invulling van de betekenis van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule. Zoals gezegd acht ik het niet mogelijk om alleen op deze wijze tot een afbakening te komen die voldoende voorspellende waarde heeft. Naar mijn mening moet de toepasselijkheid van de omkeringsregel expliciet worden voorzien van inhoudelijke voorwaarden, hetgeen ik in hoofdstuk 14 zal trachten te doen.

Zoals ik in dat hoofdstuk zal uitwerken, brengen die inhoudelijke voorwaarden mee dat de omkeringsregel in werkelijkheid bij lange na niet zo'n ruime toepasselijkheid toekomt als hierboven is geschetst. Voorzover in de causale keten tussen de gedraging waarop de aansprakelijkheid van de aangesproken partij is gebaseerd, en de schade waarvoor de benadeelde vergoeding vordert, meerdere schakels kunnen worden onderscheiden, is de omkeringsregel slechts op één van deze schakels toepaselijk, en niet tegelijkertijd ook op alle andere. Het gaat daarbij om eventuele causaliteitsonzekerheid in dié schakel in de causale keten (meestal de eerste), waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen. Bij een aanrijding is dat het verband tussen het rijgedrag en het ongeval, niet het eventuele vervolg-verband tussen het ongeval en allerlei schadeposten waartoe dat ongeval mogelijk heeft geleid. Zoals ik zal toelichten in § 14.6 is de omkeringsregel dus niet toepaselijk op het verband tussen ongeval en whiplash. Bij het bewijs daarvan behoort de benadeelde op andere wijze tegemoet te worden gekomen, waarover meer in hoofdstuk 12.

4.6 EIGEN WAARDERING VAN HET ARREST BEURSKENS/NOTARISSSEN

Na deze excursie pak ik de draad van mijn bespreking weer op met mijn eigen waardering van het arrest Beurskens/Notarissen. Zoals gezegd is dit arrest naar

mijn mening onverenigbaar met Dicky Trading II. De uitleg dat het in dit arrest om het bewijs van schade ging, en de omkeringsregel nu eenmaal ziet op het bewijs van causaal verband, is niet houdbaar. De bewoordingen van het arrest bieden daar ook geen enkel aanknopingspunt voor. Het ziet er inderdaad naar uit dat de Hoge Raad in dit arrest Dicky Trading II en de daarin door hemzelf gegeven algemene regel, eenvoudig over het hoofd heeft gezien. Als het de Hoge Raad alleen om de te algemene formulering van het middel te doen zou zijn geweest, zoals Asser beleefd als eerste mogelijke verklaring heeft geopperd,¹⁴⁵ zou toch minstens naar het eerdere arrest en de daarin gebezigde formulering zijn verwezen. Hetzelfde geldt wanneer de beslissing inderdaad door het onderscheid tussen causaliteitsbewijs en schadebewijs zou zijn ingegeven.

Dit neemt niet weg dat de uitkomst in het concrete geval alleszins billijk lijkt. Dit vooral omdat de uitleg van de notaris naar het oordeel van het hof op voorhand het meest aannemelijk was (de Hoge Raad wijst daar ook op), waaraan een feitelijk vermoeden kan worden ontleend dat Beurskens maar had te weerleggen. Het oordeel dat hij daarin niet was geslaagd, diende in cassatie te worden gerespecteerd. Daar komt bij, zoals wordt opgemerkt in de Conclusie OM, dat Beurskens in beginsel ook de meest gerede partij voor bewijslevering was omdat de bedoelingen van partijen bij de pachtovereenkomst een kwestie was die in de eerste plaats Beurskens en niet de notaris raakte.

Ik merk nog op dat dit resultaat ook had kunnen worden bereikt wanneer de omkeringsregel wél op het geval zou zijn betrokken. En wel op verschillende manieren. In de eerste plaats kan men de casus zo verwoorden dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule daarop niet van toepassing is. Zoals gezegd meen ik dat dit een woordenstrijd uitlokt waarmee wij partijen, maar in elk geval de rechter, niet zouden moeten opzadelen. Het omgekeerde kan immers ook, en inhoudelijk doet dit alles niet terzake. Wel gebaseerd op inhoudelijke argumenten zou het oordeel zijn dat de omkeringsregel niet van toepassing is omdat een feitelijk vermoeden de andere kant opwijst. Normatieve gronden van voldoende gewicht om de omkeringsregel hier toch toe te passen zijn er mijns inziens niet. Het gaat om een norm ('gij zult de opdrachten die u accepteert tijdig uitvoeren') die duidelijk een algemenere strekking heeft dan de bescherming tegen specifiek het soort gevaar dat zich hier heeft verwezenlijkt (de niet-verlenging van Beurskens pachtovereenkomst). Men zou wel kunnen aanvoeren dat deze algemene norm in dit concrete geval *tevens* strekt ter bescherming tegen het betreffende gevaar, maar dat argument weegt hier niet op tegen het feitelijk vermoeden dat geen causaal verband bestaat.¹⁴⁶ Zoals wij nog zullen zien, gaat het hier om een veralgemenisering waarmee men bij het zoeken naar het toepassingsgebied van de omkeringsregel terughoudend moet zijn, omdat zij alle grenzen kan doen vervagen.¹⁴⁷ Ook geeft de geschonden norm niet typisch aanleiding tot een bewijsvacuüm en heeft zij in het algemeen geen bewijslastomkering nodig om effectief te zijn. Een laatste mogelijkheid is om de omkeringsregel wél toepasselijk te achten, maar de notaris geslaagd te achten in het tegenbewijs. In dat geval geldt

145. Asser, Vademecum, nr. 5.3.2.

146. Zie voor nadere uitleg § 14.3.

147. Zie nader § 6.6, § 8.6 en in het bijzonder § 14.2.

immers, *mutatis mutandis*, dat hij de steun van een feitelijk vermoeden in de rug had terwijl er onvoldoende normatieve gronden zijn om de drempel voor dit tegenbewijs hoger te leggen dan waaraan de notaris in casu kon voldoen.¹⁴⁸ Deze mogelijkheid veronderstelt uiteraard dat ‘gewoon’ tegenbewijs bij de omkeringsregel voldoende kan zijn, hetgeen ik in hoofdstuk 15 nader zal verdedigen.

148. Zie nader § 15.4.

5 Na Beurskens/Notarissen: het wordt er niet duidelijker op

5.1 HET ARREST KRAMER/ABN AMRO: GEEN WOORD OVER DICKY TRADING

Dicky Trading II en Beurskens/Notarissen stammen beide uit 1996. In 1997 wijst de Hoge Raad het hiervoor genoemde Wrongful birth-arrest,¹⁴⁹ waarin de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule, in navolging van het eerste Dicky Trading-arrest, wordt toegepast op het toerekeningsverband. In februari 1998 wordt deze ‘regel’ nogmaals bevestigd in het Seksueel misbruik-arrest.¹⁵⁰ In juni 1998 wijst de Hoge Raad in Kramer/ABN AMRO¹⁵¹ opnieuw een arrest waarin de bewijslastverdeling met betrekking tot het causaal verband aan de orde kwam. Hierin lijkt hij echter, in navolging van de Conclusie OM, zijn nieuwe lijn waarin hij de omkeringsregel van algemene toepassing heeft verklaard, weer over het hoofd te zien.

Het arrest Kramer/ABN AMRO werd gewezen in een schadestaatprocedure over de gevolgen van een onrechtmatig beslag op het boerenbedrijf van Kramer. Door een keten van gebeurtenissen had dit beslag uiteindelijk tot de gedwongen liquidatie van zijn bedrijf geleid, aldus Kramer, die onder meer vergoeding vordert van inkomensderving, vermogensverlies en immateriële schade. In een tussenarrest acht het hof voorshands aannemelijk dat tussen de beslagen en de bedrijfsbeëindiging causaal verband bestaat. Maar nadat deskundigen daarover hebben gerapporteerd, en de Bank op de valreep (in de antwoordconclusie na deskundigenbericht) zijn verweer terzake adequaat onderbouwt, komt het hof tot het voor Kramer negatieve oordeel:

“dat Kramer tegenover de verweren van de ABN uiteindelijk te weinig heeft gesteld – en het deskundigenbericht biedt geen aanknopingspunten om daar anders over te denken – om het hof grond en overtuiging aan te reiken voor een oordeel, dat het gelegde en gelegd gehouden beslag in causaal verband heeft gestaan met een door Kramer gesteld liquiditeitsgebrek, hetwelk heeft gevoerd tot de ten processe bedoelde ontwikkeling en uiteindelijk tot staking van het bedrijf van Kramer.”¹⁵²

Het cassatiemiddel beroept zich op geen van beide Dicky Trading-arresten, maar betoogt onder meer dat de voorshandse aannemelijkheid van causaal verband waar het hof in zijn tussenarrest van uitging, tot een andere bewijslastverdeling had moeten leiden, en voegt daaraan toe:

149. HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB.

150. HR 27 februari 1998, NJ 1998, 417.

151. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778.

152. R.o. 8.

“Zulks klemt temeer/althans omdat voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding, zoals die van Kramer, voldoende is dat feiten worden gesteld en komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid, Kramer onmiskenbaar dergelijke feiten heeft gesteld [...] en de Bank deze in ieder geval tot en met haar meergenoemde antwoordconclusie na deskundigenbericht niet adequaat heeft betwist.”¹⁵³

De Conclusie OM leest in het middel een beroep op de omkeringsregel, maar meent dat dit niet opgaat omdat geen veiligheidsnorm is geschonden.¹⁵⁴ Er wordt niet opgemerkt dat deze begrenzing inmiddels door de Hoge Raad was losgelaten¹⁵⁵ (of op dat moment tenminste mogelijk was losgelaten). Dicky Trading II wordt niet genoemd, het Wrongful birth-arrest en het Seksueel misbruik-arrest evenmin.¹⁵⁶

De Hoge Raad refereert in het geheel niet aan de omkeringsregel, maar overweegt:

“Het onderdeel faalt reeds omdat het miskent dat, ook indien kan worden aangenomen dat onrechtmatige beslaglegging in het algemeen schade veroorzaakt dit niet betekent dat een onrechtmatige beslaglegging in het algemeen leidt tot een reeks gebeurtenissen en ontwikkelingen, uiteindelijk resulterend in staking van het bedrijf, als door Kramer aan zijn schadeberekening ten grondslag gelegd.”¹⁵⁷

In een noot bij het arrest vraagt Klaassen zich af hoe het met Dicky Trading II is te verenigen.¹⁵⁸ Anders dan Beurskens/Notarissen (dat, zoals gezegd, naar haar mening over het bewijs van schade ging) is het geval van Kramer volgens haar vergelijkbaar met de situatie in Dicky Trading. Zij zoekt de verklaring in het a-typische van de door Kramer geleden schade:

“Staking van een bedrijf tengevolge van beslagen als hier aan de orde behoort niet tot de voor de hand liggende c.q. redelijkerwijs te verwachten gevolgen. Er is geen sprake van een gevolg waartegen de overtreden norm nu typisch bescherming beoogt te bieden. Dat was in het arrest Dicky Trading II wel het geval.”¹⁵⁹

Zelf acht ik deze uitleg niet overtuigend omdat hij geen recht doet aan de redenen waarom het beslag in casu onrechtmatig was. Kramers inkomsten bestonden uit de verkoop van melk en uit de verkoop van vee. Andere inkomsten van betekenis had hij niet. Hij beschikte niet over een bankkrediet (dat had de Bank juist opge-

153. Middelonderdeel 7.4.

154. Conclusie OM, nr. 2.49.

155. De Conclusie OM verwijst in voetnoot 28 naar de 10e druk van Asser-Hartkamp I uit 1996, waarin de nieuwe koers van de Hoge Raad inzake de omkeringsregel nog niet was opgenomen.

156. Voor de laatste twee arresten geldt weliswaar dat zij op een andere kwestie betrekking hadden (namelijk het toerekeningsverband) dan hier aan de orde was, maar dit onderscheid werd (en wordt) lang niet algemeen gemaakt.

157. R.o. 3.10.

158. Klaassen, A&V 1998, p. 148.

159. T.a.p.

zegd). De door de Bank gelegde beslagen betroffen zijn volledige veestapel, zijn bedrijfsinventaris en een derdenbeslag onder Nestlé die al zijn melk afnam. Daarmee waren al Kramers inkomsten in principe afgesneden. De Bank had de beslagen bijna een volledig jaar gelegd gehouden. In de hoofdprocedure was beslist dat de Bank daarmee jegens Kramer “buitensporig en dus onrechtmatig” had gehandeld.¹⁶⁰ Het beslag was dus niet onrechtmatig omdat het zonder geldige reden zou zijn gelegd,¹⁶¹ maar omdat het qua omvang en duur buitensporig was. Ik zou zeggen dat degene die een klein boerenbedrijf door middel van een buitensporig beslag bijna een jaar van al zijn inkomsten afsnijdt, nu juist wél typisch het risico in het leven roept dat het bedrijf dat niet overleeft: het is juist (of op zijn minst: mede) dat risico dat het beslag buitensporig en dus onrechtmatig doet zijn.

Toch heeft Klaassen gelijk dat de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad van een andere opvatting lijkt uit te gaan. De Hoge Raad overweegt immers (Klaassen wijst daar ook op) dat een onrechtmatige beslaglegging *in het algemeen* niet tot de staking van een bedrijf leidt. Dat lijkt mij – om in de sfeer te blijven – een waarheid als een koe, maar deze overweging schijnt eerder te zijn ingegeven door de inhoud van het middelonderdeel dat zij beantwoordt, dan door de aard van het risico dat de Bank *in casu* in het leven had geroepen. Het niet toepassen van de omkeringsregel kan naar mijn mening niet op de door Klaassen geopperde wijze worden verklaard.

In zijn Conclusie voor het Oude Monnick Motors-arrest schrijft Advocaat-generaal Bakels over Kramer/ABN AMRO:

“Dit arrest toont aan dat ook de omkeringsregel – zoals elke regel – zijn grenzen bereikt als hij te ver wordt opgerekt. Deze grenzen worden, zo meen ik uit het arrest te mogen afleiden, bereikt als de schade in te ver verwijderd verband staat met de geschonden norm en/of daarvan een te uitzonderlijk gevolg is.”¹⁶²

Ik ben het met Bakels eens dat het arrest een bepaalde indicatie bevat dat terughoudendheid is geboden bij het tegemoetkomen aan de bewijsproblemen van een benadeelde wiens schade aan het eind van een lange causale keten staat. Maar om nu te zeggen dat het arrest iets ‘aantoont’ over het bereik van de omkeringsregel vind ik wel erg optimistisch getoonzet.¹⁶³ Nergens in het arrest wordt naar Dicky Trading II verwezen. De Conclusie OM ziet dat arrest en de daarin gegeven ‘algemene’ omkeringsregel duidelijk over het hoofd. Gezien de inhoudelijke verwantschap tussen de algemene omkeringsregel en de vraag die de Hoge Raad hier werd voorgelegd, is het moeilijk voorstelbaar dat de Hoge Raad wél aan

160. Zie de Conclusie OM, nr. 1.3, onder (h).

161. Op dit punt dreigt in de literatuur een misverstand te ontstaan. Zie bijv. Sieburgh, WPNR 2001, p. 590 l.k.

162. Conclusie voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnick Motors), nr. 2.15.

163. Dit geldt niet minder voor de formulering in de Conclusie OM dat het arrest “tot een welkome verfijning van die regel [de omkeringsregel, AA] leidt” (nr. 2.14, aanhef) en voor de veronderstelling dat de Hoge Raad een “nuancering naar gelang de ernst van de onrechtmatige daad of wanprestatie en de kans op een ongeval door die daad [...] in zijn arrest Kramer/ABN AMRO Bank al [heeft] aanvaard” (nr. 2.16).

Dicky Trading II heeft gedacht, maar het niet opportuun vond om aan dat arrest te refereren. De conclusie lijkt dan ook te moeten zijn dat ook de Hoge Raad Dicky Trading II en de daarin door hemzelf gegeven algemene regel (opnieuw) over het hoofd heeft gezien.

Dit alles neemt niet weg dat de uitkomst in het concrete geval alleszins billijk lijkt, omdat het causaal verband tussen de beslagen en de bedrijfsbeëindiging nu eenmaal uiterst onaannemelijk was gebleken. Overigens geldt ook hier dat hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt wanneer de omkeringsregel wél op het geval zou zijn betrokken, mits men het daarbij te leveren tegenbewijs maar niet te streng had opgevat. Men zou zelfs kunnen stellen dat het hof *materieel* gezien de bewijslast heeft omgekeerd, door eerst te overwegen dat causaal verband voorshands aannemelijk is, en zich daarna door het deskundigenbericht en het onderbouwde verweer van de Bank van het tegendeel te laten overtuigen. Het hof ging er weliswaar van uit dat de bewijslast formeel op Kramer rustte – de bewoordingen van zijn eindarrest laten op dit punt niets aan duidelijkheid wensen over – maar het is moeilijk voorstelbaar dat het tot een andersluidend oordeel zou zijn gekomen wanneer het van de tegenovergestelde bewijslastverdeling was uitgegaan. Zoals gezegd was het causaal verband tussen de beslagen en de bedrijfsbeëindiging nu eenmaal uiterst onaannemelijk gebleken. Het hof had dat welwillend en grondig onderzocht, en was uitvoerig gemotiveerd teruggekomen op zijn overweging dat causaal verband voorshands aannemelijk leek. Bij nader onderzoek bleek gewoon het tegendeel. In zoverre kan men zeggen dat, indien er in cassatie van uit was gegaan dat het hof de omkeringsregel had moeten toepassen, Kramer bij het betreffende middelonderdeel toch geen belang had gehad.

Als het arrest ons iets te vertellen heeft over de omkeringsregel, dan is dat niet zozeer dat een bepaalde terughoudendheid is geboden wanneer de schade aan het eind van een lange causale keten staat.¹⁶⁴ Het arrest houdt vooral een mooi praktijkvoorbeeld in van de ontkrachting door tegenbewijs van een feitelijk vermoeden van causaal verband, welk feitelijk vermoeden aanvankelijk bestond omdat de schade het typische gevolg van de normschending was.

5.2 HET ARREST GOUDA/LUTZ: VERWARRING OVER HET TE LEVEREN TEGENBEWIJS

In de periode vanaf juni 1998, toen Kramer/ABN AMRO werd gewezen, tot het Sint-Willibrord-arrest¹⁶⁵ van juni 2000, had het er veel van weg dat Dicky Trading II een eendagsvlieg zou blijven en dat de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule voor de toekomst beperkt zou blijven tot het toerekeningsverband. In december 1999 wijst de Hoge Raad het arrest Gouda/Lutz,¹⁶⁶ waarin de omkeringsregel met betrekking tot het *conditio sine qua non*-verband wordt toegepast bij een verkeersongeval, dus binnen zijn oorspronkelijke toepassingsgebied. In plaats van de algemene ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule uit Dicky

164. Zie over de omkeringsregel bij (lange) causale ketens § 14.6 t/m § 14.8.

165. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB.

166. HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS.

Trading II wordt dan ook de ‘ongevallenformulering’¹⁶⁷ toegepast zoals die vanouds wordt gebezigd in de rechtspraak over verkeers- en arbeidsongevallen (zie het citaat hierna).¹⁶⁸ Het arrest is niettemin voor ons van belang omdat het een – mijns inziens zeer verwarrende – discussie heeft losgemaakt over de inhoud van het door de gedaagde te leveren tegenbewijs.

Lutz, een Duitse toeriste, rijdt met nog drie andere fietsers in een verboden rijrichting op een fietspad waar, in verband met de verkeerssituatie ter plaatse, fietsers in de praktijk altijd tegen het verkeer inrijden. Hemelaar rijdt vanuit de andere richting op haar toe en komt ten val, waarbij hij Lutz raakt. Hemelaar loopt een ernstige kaakfractuur op. Ziektekostenverzekeraar Gouda neemt verhaal op Lutz. Lutz stelt dat het ongeval niet aan haar is te wijten maar aan het rijgedrag van Hemelaar, die met hoge snelheid reed, in een flauwe bocht de trottoirrand zou hebben geraakt, zijn evenwicht verloor en tegen haar aanviel op het moment dat zij al stil zou hebben gestaan. De rechtbank gaat uit van het vermoeden dat het ongeval is veroorzaakt door Lutz, maar laat Lutz toe tot het bewijs dat het ongeval “is veroorzaakt door eigen toedoen van Hemelaar dan wel door één of meer anderen dan Lutz.” Omdat Lutz naar het oordeel van de rechtbank niet in dat tegenbewijs slaagt, wijst zij de vorderingen van Gouda toe. Lutz komt daarop in appèl bij het hof, dat oordeelt dat door de bewijslevering voldoende was aangetoond: “dat het ontstaan van het litigieuze ongeval te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar.” Hieraan voegt het hof toe: “Het feit, dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed, doet hieraan niet af.”¹⁶⁹ Het hof wijst daarom de vorderingen van Gouda af.

Het middel beroept zich op de omkeringsregel ‘oude stijl’ en wijst erop dat deze meebrengt: “dat het tegenbewijs dat door Lutz geleverd zou hebben moeten worden, erin bestaat dat zij moest bewijzen dat het ongeval ook zou hebben plaatsgehad als zij niet in de verboden rijrichting zou hebben gereden.”¹⁷⁰

Dit middel treft doel, aldus de Hoge Raad:

“Het op een fietspad rijden in de verboden rijrichting is een onrechtmatige gedraging die in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen vergroot. Indien dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven; het is dan aan de overtreder om te stellen en bewijzen dat het ongeval ook zonder dat verkeersgedrag zou zijn voorgevallen. [...] Dit heeft het Hof klaarblijkelijk miskend, zoals in het bijzonder blijkt uit zijn overweging dat het feit dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed, niet eraan afdoet dat het ontstaan van het ongeval te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar.”¹⁷¹

Het is de laatste zin die hier het meest van belang is. Rechtbank en hof hadden immers het bewijs van de afwezigheid van causaal verband aan Lutz opgedragen, zij het ‘gewoon’ op basis van een feitelijk vermoeden in plaats van wegens de

167. Ik ontleen deze term aan Kaandorp, AA 2001, p. 836.

168. Bij voetnoot 171.

169. R.o. 4.

170. Zie (aan het eind van) onderdeel 1.1.

171. R.o. 3.4.2.

omkeringsregel. De beslissing van de Hoge Raad heeft alleen goede zin wanneer zij aldus wordt begrepen, dat hetgeen het hof bewezen achtte (“dat het ontstaan van het litigieuze ongeval te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar”) naar de mening van de Hoge Raad nog niet impliceert dat het door hem vereiste tegenbewijs (“dat het ongeval ook zonder [Lutz] verkeersgedrag zou zijn voorgevallen”) was geleverd.

Nu kan men het door het hof geleverd geachte tegenbewijs zo lezen dat dit het door de Hoge Raad vereiste tegenbewijs insluit: als het ongeval *uitsluitend* zou zijn veroorzaakt door het verkeersgedrag van Hemelaar (oordeel hof?), zou het logisch gezien óók zijn voorgevallen wanneer Lutz niet tegen de richting in had gefietst maar in de goede richting (door de Hoge Raad vereiste tegenbewijs). Aan wat *uitsluitend* door Hemelaar is teweeggebracht, heeft de verkeersfout van Lutz immers part noch deel gehad en zou zich *dus* ook zonder die verkeersfout hebben voorgedaan. Maar kennelijk heeft de Hoge Raad de beslissing van het hof zo opgevat dat het hof *niet* tot de conclusie kwam dat het ongeval uitsluitend door het verkeersgedrag van Hemelaar werd veroorzaakt, maar slechts dat het daaraan “te wijten” was ondanks “dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed”. Zó gelezen sluit het oordeel van het hof niet uit dat Lutz’ verkeersfout strikt genomen wel mede causaal (in de zin van *conditio sine qua non*) voor het ongeval was, maar dat haar causale bijdrage als het ware in het niet valt bij de eigen bijdrage van Hemelaar. En dát is een beslissing die thuishoort bij een volgende stap, namelijk de eventuele toepassing van artikel 6:101 BW over ‘eigen schuld’, en niet bij het vaststellen van aan- of afwezigheid van *conditio sine qua non*-verband sec dat aan die stap vooraf behoort te gaan.¹⁷² Ik meen dat de Hoge Raad ’s hofs overweging zo geïnterpreteerd heeft omdat zijn eigen oordeel anders onbegrijpelijk is. In de laatste zin van het hiervoor weergegeven citaat lees ik de bevestiging dat het de Hoge Raad inderdaad hierom te doen was.

Dat de Hoge Raad hiervan een punt heeft gemaakt moet mijns inziens worden begrepen vanuit de omstandigheid dat het eigenlijk helemaal niet aannemelijk is dat Hemelaar óók ten val zou zijn gekomen als Lutz in de goede richting had gefietst. Ook wie hard doortrapt, pleegt niet ‘zomaar’ op een fietspad te vallen. De verkeersfout van Lutz, hoe gering ook van aard, kan moeilijk uit de toedracht van het ongeval worden weggedacht. De mogelijkheid dat Hemelaar ‘sowieso’ zou zijn gevallen, is eigenlijk zuiver theoretisch, en wat meer is, die mogelijkheid is ondanks alle bewijsvoering op dit punt ook zuiver theoretisch gebleven. Men kan makkelijk sympathiseren met de beslissing van het hof dat Lutz niet voor de schade hoeft op te komen. Maar die sympathie wordt ingegeven door de geringe ernst van haar verkeersfout (zeker indien afgewogen tegen het onstuimige rijgedrag van Hemelaar) en niet door de theoretische mogelijkheid dat die verkeersfout aan het ontstaan van het ongeval part noch deel zou hebben gehad. Deze sympathie hoort thuis bij de afweging van artikel 6:101 BW, die eventueel tot hetzelfde resultaat kan voeren als het arrest van het hof.¹⁷³

172. Vgl. cassatiemiddel III, dat echter onbehandeld bleef.

173. Het artikel laat immers de mogelijkheid toe dat “de vergoedingsplicht geheel vervalt [...] indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist”.

Aldus begrepen kan met de beslissing worden ingestemd. Wel valt te betreuren dat de Hoge Raad zijn beslissing zo cryptisch heeft gemotiveerd. Dit vooral omdat het arrest aanleiding heeft gegeven tot een discussie over de inhoud van de bewijsopdracht aan de gedaagde bij toepassing van de omkeringsregel die naar mijn mening op een misverstand berust. In zijn Conclusie voor het arrest merkt Advocaat-generaal Bakels op dat het cassatiemiddel terecht stelt dat deze bewijsopdracht “niet alleen anders en zwaarder is dan het daadwerkelijk aan Lutz opgedragen bewijs, maar dat bij een juiste bewijsopdracht het bewijsrisico bovendien niet bij Gouda zou zijn gebleven, maar op Lutz zou hebben gedrukt.”¹⁷⁴ Snijders maakt uit de beslissing van de Hoge Raad op dat het één “kennelijk nog moeilijker te bewijzen valt”¹⁷⁵ dan het ander.¹⁷⁶ Hij meent dat dit te ver gaat en stelt voor de formulering van het tegenbewijs bij de omkeringsregel (“tenzij hij bewijst dat het ongeval zich ook zonder zijn onrechtmatige gedrag zou hebben voorgedaan”) uit te breiden met: “althans is veroorzaakt door de gelaedeerde zelf of door een derde”. Later, in zijn Conclusie voor het Oude Monnick Motors-arrest, stemt A-G Bakels met dit voorstel in.¹⁷⁷

Het één is echter *niet* moeilijker te bewijzen dan het ander: het één sluit het ander in.¹⁷⁸ Zoals gezegd kan voor het vaststellen van *conditio sine qua non*-verband alleen relevant zijn het bewijs dat een schade *uitsluitend* werd veroorzaakt door de benadeelde zelf of door een derde. Eventueel bewijs van *mede*-veroorzaking kan slechts aanleiding geven tot toepassing van artikel 6:101 BW, respectievelijk tot *mede*-aansprakelijkheid van een of meer *mede*-veroorzakers. Welnu, als bewezen wordt dat een schade *uitsluitend* werd veroorzaakt door de benadeelde zelf of door een derde betekent dat logischerwijs tevens dat die schade ook zonder de onrechtmatige gedraging van de gedaagde zou zijn ontstaan. Dat laatste is niet moeilijker, maar in theorie juist eerder te bewijzen dan het eerste, omdat daarbij ook nog volstaat het bewijs dat de schade werd veroorzaakt door ‘het toeval’ of ‘de natuur’, bijvoorbeeld opgewaaide bladeren of een natuurlijke ziekte (al kan men dat soort gevallen veelal ook rangschikken onder de categorie ‘veroorzaakt door de benadeelde zelf’). De door Snijders voorgestelde toevoeging is dus overbodig. In de voorbeelden die Snijders geeft (dat vast komt te staan dat Hemelaar culpoos of opzettelijk op Lutz inrijdt, dat hij uitglijdt over een bananenschil die kennelijk door een derde ter plaatse is achtergelaten, dan wel uitwijkt voor een hem bespringende derde), geldt telkens, anders dan Snijders lijkt te veronderstellen, dat Lutz wel degelijk zou kunnen voldoen aan het tegenbewijs dat het ongeval zich ook zonder haar onrechtmatige daad zou hebben voorgedaan. Haar onrechtmatige daad bestond immers niet uit het *aanwezig* zijn op het fietspad, maar uit het *in een verboden rijrichting fietsen*, en die handeling is in de voorbeelden van Snijders geenszins causaal voor het ongeval. Dat is

174. Conclusie OM, onder 2.3.

175. Snijders, noot bij Gouda/Lutz, onder 2.c.

176. Evenzo kennelijk Giesen, diss., p. 140, noot 67.

177. Conclusie OM voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnick Motors), onder 2.7.

178. Evenzo Benders, NTBR 2001, p. 282 l.k.; Kaandorp, AA 2001, p. 842.

alleen anders bij het culpoos op Lutz inrijden, maar daar hoort het tegenbewijs ook niet te slagen, want dat geval hoort thuis bij artikel 6:101 BW.

Om dezelfde reden dunkt mij dat A-G Bakels het niet bij het rechte eind heeft waar hij opmerkt dat de bewijsopdracht die voortvloeit uit de omkeringsregel, zwaarder is dan de bewijsopdracht van het hof. In elk geval is het bewijsrisico niet anders verdeeld, zoals de A-G meent, maar rust dit in beide gevallen op Lutz. Zoals Snijders terecht opmerkt, verschuift ook bij de bewijsopdracht van het hof het bewijsrisico: “in beide gevallen staat de causaliteit vast, tenzij de dader bepaalde tegen causaliteit ter zake van zijn onrechtmatige daad pleitende feiten bewijst”.¹⁷⁹

In de literatuur wordt Gouda/Lutz wel gezien als een indicatie dat de Hoge Raad bij toepassing van de omkeringsregel de drempel voor het tegenbewijs heel hoog legt. Zo ziet Giesen steun in het arrest voor zijn veronderstelling dat ‘tegendeelbewijs’ vereist is (en dan van een vergaande aard).¹⁸⁰ Naar mijn mening volgt dit niet uit het arrest. Nuchter beschouwd had Lutz een ‘gewoon’ feitelijk vermoeden dat haar verkeersfout op een of andere wijze (al was het maar omdat Hemeelaar daardoor geschrokken was) *conditio sine qua non* voor het ongeval was, niet kunnen weerleggen. Uit het arrest volgt dan ook niet dat ‘tegendeelbewijs’ is vereist, maar slechts dat het te leveren tegenbewijs wel echt betrekking moet hebben op het *conditio sine qua non*-verband, en niet op het relatieve gewicht van de ene causale bijdrage ten opzichte van de andere. Dat geen overdreven eisen moeten worden gesteld aan het tegenbewijs, is een notie die van groot gewicht is als men de omkeringsregel een hanteerbaar instrument wil houden.

179. Snijders, noot bij Gouda/Lutz, nr. 2.d.

180. Giesen, diss., p. 140, voetnoot 67.

6 Toch een algemene regel: het Sint-Willibrord-arrest

6.1 STAND VAN ZAKEN VÓÓR HET ARREST

De twijfel die van meet af aan bestond over de reikwijdte van de regel uit Dicky Trading II, was meteen al gevoed door Beurskens/Notarissen en werd later nog aangewakkerd door Kramer/ABN AMRO. Zoals gezegd had het er na dit laatste arrest veel van weg dat Dicky Trading II een eendagsvlieg zou blijven en dat de algemene ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule beperkt zou blijven tot het toerekeningsverband.¹⁸¹ Giesen wijst in dit verband nog op een ongepubliceerd arrest uit oktober 1998, Peanut Product Processors NV/De Nederlandse Antillen,¹⁸² waarin wordt beslist dat de bewijslast ten aanzien van het causaal verband, behoudens uitzonderingen, op de eiser rust. Toen de nieuwe druk (2000) van ‘De verbintenis in het algemeen’ van de Asser-serie uitkwam, bleek echter dat Hartkamp weinig twijfel had over de algemene betekenis van Dicky Trading II.¹⁸³

Voor veel anderen¹⁸⁴ kwam het toch nog als een verrassing toen de Hoge Raad in juni 2000 in het Sint-Willibrord-arrest¹⁸⁵ (met een Conclusie van Hartkamp) de algemene ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule voor het eerst opnieuw toepaste op het conditio sine qua non-verband, ook al gebeurde dit feitelijk nog op het ‘oude’ terrein van de schending van veiligheidsnormen.

6.2 FEITEN EN VERWEER

Het gaat in deze zaak om een patiënt die op vrijwillige basis verblijft in het Psychiatrisch centrum Sint-Willibrord te Heiloo en uit die inrichting zou worden ontslagen op een bepaalde dag wanneer zijn familie hem zou komen ophalen. Met instemming van de verpleging vertrekt hij al een dag eerder, en huurt hij een kamer in een nabijgelegen motel. Die nacht komt hij, na telefonisch contact, naar de inrichting. Hij uit zich suïcidaal, is onder de invloed van alcohol en gedraagt zich agressief. Kort na aankomst wil hij weer weg. Na te hebben geverifieerd dat hij inderdaad over een motelkamer beschikt, staat het verplegend personeel hem

181. Zo werd bijvoorbeeld in de losbladige Schadevergoeding de rechtspraak waarin de algemene ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule was gehanteerd, destijds alleen nog apart besproken bij het toerekeningsverband. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 29.5 (‘Verwezenlijking van een geschapen risico’). Dicky Trading II was uiteraard wel opgenomen in de opsomming van Art. 98, aant. 13.3.

182. HR 23 oktober 1998, nr. 9080, R97/145. Zie Giesen (1999), p. 68, voetnoot 450, alsmede Giesen, diss., p. 119, voetnoot 50 en Giesen, A&V 2000, p. 110, voetnoot 18.

183. Asser-Hartkamp I, nr. 434a.

184. Hartkamp werd in zijn opvatting al snel gevolgd door Asser, RM Themis 2000, p. 142 en Van Dam (2000), nr. 810.

185. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB.

toe per taxi te vertrekken. Dan volgt wat later door Sint-Willibrord wordt gekwalificeerd als “een hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van toevalligheden”.¹⁸⁶ de taxi brengt hem om 2.15 uur 's nachts naar het verkeerde motel waar de taxichauffeur hem in verwarde toestand bij het evident gesloten gebouw achterlaat. De man belt aan bij het naastgelegen huis waar de vijftienjarige zoon des huizes met een afstandsbediening de deur opent zonder verder na te gaan wie er had aangebeld. Vervolgens zit hij ongeveer een uur onopgemerkt in de woonkamer om ten slotte met een aansteker die daar op tafel ligt, de gordijnen in brand te steken. Het huis brandt af. De inboedel blijkt te zijn onderverzekerd en de eigenaar spreekt Sint-Willibrord aan voor dat deel van zijn schade dat wegens onderverzekering voor zijn rekening is gebleven.

Het hof oordeelt dat het verplegend personeel van Sint-Willibrord die nacht de patiënt niet had mogen laten vertrekken zonder de dienstdoende psychiater (telefonisch) te raadplegen. Door dat niet te doen is jegens de benadeelde onrechtmatig gehandeld, aldus het hof. Sint-Willibrord voert een dubbel causaliteitsverweer: er is geen *conditio sine qua non*-verband tussen de fout van de verpleging en de schade, aldus Sint-Willibrord, want ook als de dienstdoende psychiater wél was geraadpleegd, zou deze de patiënt hebben (moeten) laten gaan. En de reeks van toevalligheden die tot de schade leidde, maakt dat zij niet meer in een zodanig verband met de fout van de verpleging staat dat de schade nog in redelijkheid aan haar kan worden toegerekend.

6.3 HET *CONDITIO SINE QUA NON*-VERBAND

Ik bespreek eerst het lot van het *conditio sine qua non*-verweer. De betrokken psychiater had desgevraagd verklaard dat hij de patiënt inderdaad zou hebben laten vertrekken. De door het hof benoemde deskundige heeft aan 21 collega-psychiaters de vraag voorgelegd of de dienstdoende psychiater, indien geraadpleegd, de man zijn vertrek had moeten beletten. Negen collegae meenden van niet, acht meenden van wel, en vier antwoordden dat dit afhing van de bevindingen bij het onderzoek van de patiënt door de psychiater. In zoverre zou men dus kunnen zeggen dat de stemmen hierover staakten, zij het met een zeer lichte (en daarom te verwaarlozen) ‘voorsprong’ voor Sint-Willibrord.

Het Hof overweegt hierover:

“Nu vaststaat dat geen onderzoek door een psychiater heeft plaatsgehad, sluit het gegeven dat de schade mogelijk toch was ontstaan indien een dergelijk onderzoek wel plaats had gehad, de toerekening van de onderhavige schade aan Sint-Willibrord niet uit. Het gaat er immers niet om wat er mogelijk was gebeurd als de verpleging haar zorgvuldigheidsplicht wel was nagekomen, maar welke ingetreden gebeurtenis aan Sint-Willibrord als gevolg van het niet nakomen van die verplichting kan worden toegerekend.”¹⁸⁷

186. Middelonderdeel B.

187. R.o. 4.5.

Het cassatiemiddel voert aan dat deze overweging erop neerkomt dat een schade kan worden toegerekend zonder dat deze in *conditio sine qua non*-verband met de fout staat.¹⁸⁸ Als juiste rechtsopvatting wordt geponeerd dat:

“rechtsens pas tot – gehele respectievelijk gedeeltelijke – aansprakelijkheid voor de schade [kan] worden geconcludeerd, wanneer is aangetoond en vastgesteld, dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden, althans dat er sprake is van een aanmerkelijke of gereede kans dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden.”¹⁸⁹

Ik merk op dat de overweging van het hof inderdaad onjuist lijkt. Afgezien van enige dissidente geluiden op dit punt¹⁹⁰ wordt algemeen aanvaard dat *conditio sine qua non*-verband in principe een minimumvereiste is voor het causaal verband,¹⁹¹ al worden daarop een aantal specifieke uitzonderingen toegelaten.¹⁹² Voordat kan worden nagegaan of de schade kan worden toegerekend, dient dus de hobbel van het *conditio sine qua non*-verband te zijn genomen. Nu gebeurt dat nogal eens impliciet omdat *conditio sine qua non*-verband vaak evident aanwezig is. Maar wanneer daarover twijfel mogelijk is en op dat punt expliciet verweer wordt gevoerd, kan men niet zomaar over het *conditio sine qua non*-verband heenstappen en er alleen een toerekeningsvraag van maken.¹⁹³ Dan moet eerst worden vastgesteld in hoeverre *conditio sine qua non*-verband kan worden aangenomen. En daarbij gaat het er juist wél om wat er zou zijn gebeurd als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet had plaatsgevonden.¹⁹⁴

188. Cassatiemiddel onder A.

189. Cassatiemiddel onder A 2.

190. Zie Van Dunné, TMA 1999, p. 151 e.v., alsmede Van Dunné, TMA 2001, p. 6 e.v.

191. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 9. Dit geldt overigens ook in de ons omringende rechtstelsels. Zie Spier, Causation, p. 127; Von Bar, Deliktsrecht II, rnr. 413 e.v.

192. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 18-23; Akkermans (1996), p. 39 e.v. Ook een proportionele aansprakelijkheid als waarop het middel doelt, is in zeker opzicht zo'n uitzondering. Zie Asser-Hartkamp I, nr. 434b, waar wordt gesproken van “een ingrijpende relativering van het vereiste van *conditio sine qua non*-verband”.

193. Wat men wél zou kunnen zeggen, is dat er veel minder ‘feitelijk’ aan het *conditio sine qua non*-verband is dan de klassieke doctrine doet voorkomen. Voorzover de feiten ons in de steek laten (omdat zij niet te achterhalen zijn of anderszins geen uitsluitel kunnen bieden), is ook de vraag of *conditio sine qua non*-verband moet worden aangenomen een normatieve kwestie (zie Akkermans, diss., p. 431-436). En dat zou weer zo onder woorden kunnen worden gebracht dat ‘alles in wezen een kwestie van toerekening is’ (in deze zin bijv. Von Bar, Deliktsrecht II, rnr. 414). Zelf vind ik dat echter bepaald niet verhelderend, omdat *conditio sine qua non*-verband toch ten minste in *aanleg* een feitelijke kwestie is, terwijl het toerekeningsverband van meet af aan volledig normatief wordt bepaald. Maar hoe dat ook zij, dit alles houdt geenszins in dat schade waarvan (het zij royaal erkend: mede op normatieve gronden) moet worden aangenomen dat zij *niet* in *conditio sine qua non*-verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis staat, toch kan worden toegerekend. Ook als ‘alles in wezen een kwestie van toerekening is’, blijft het zinvol om over causaal verband te denken in twee opeenvolgende fasen: eerst een beslissing over het *conditio sine qua non*-verband, en daarna over de ‘echte’ toerekening. Dit onderscheid is alleen al zinvol (en werkbaar) omdat het eerste ten minste in *aanleg* vatbaar is voor bewijs en bewijslastverdeling, en het tweede slechts voor argumentatie en ‘argumenteerlast’ (zie § 3.2).

194. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 2.2.

In zijn Conclusie voor het arrest komt Advocaat-generaal Hartkamp het hof echter te hulp door in het arrest een toepassing van de omkeringsregel te lezen. Hij legt de beslissing van het hof zo uit dat het heeft geconcludeerd dat *conditio sine qua non*-verband kon worden aangenomen, nu Sint-Willibrord het tegendeel niet had bewezen.¹⁹⁵ De lezer oordele zelf of hij door die interpretatie is overtuigd. De welwillendheid die hier jegens het hof wordt betracht, doet er niet aan af dat het cassatiemiddel inderdaad (te) hoog had ingezet door te stellen dat causaal verband moet worden “aangetoond en vastgesteld”. Het zal voor de opsteller van het middel als een verrassing zijn gekomen dat hij de omkeringsregel kreeg tegen-gevoerd. Maar nu dat eenmaal gebeurde, kon over “vastgesteld” nog worden getwijfeld (de Hoge Raad pleegt te spreken van “in beginsel gegeven”), “aangetoond” sloeg de plank in elk geval mis.

De Hoge Raad volgt de voorzetsel van zijn Advocaat-generaal en oordeelt de omkeringsregel van toepassing. Hij verwijst daarbij naar *Dicky Trading II* en herhaalt de in dat arrest geïntroduceerde algemene ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule. Anders dan A-G Hartkamp laat de Hoge Raad zich niet uit over de reikwijdte van deze regel. Hij volstaat ermee de omkeringsregel op het onderhavige geval toe te passen. Nadere motivering ontbreekt, het lijkt dat de Hoge Raad vindt dat de formule van de omkeringsregel voor zichzelf spreekt.

6.4 HET TOEREKENINGSVERBAND

Het verweer inzake het toerekeningsverband kon Sint-Willibrord evenmin baten. De reeks van toevalligheden die tot de schade leidde, betekent niet dat de schade niet aan Sint-Willibrord kan worden toegerekend, zo oordeelt het hof. Bij het handelen van de taxichauffeur en dat van de zoon des huizes gaat het niet om zodanige onwaarschijnlijkheden dat zij de toerekening aan Sint-Willibrord beletten.¹⁹⁶ A-G Hartkamp wijst erop dat het hof heeft vastgesteld dat sprake is van de overtreding van een veiligheidsnorm. En bij schending van een veiligheidsnorm wordt in beginsel ruim toegerekend, waaronder ook schade die is ontstaan op een wijze die buiten de lijn der normale verwachtingen ligt.¹⁹⁷ De Hoge Raad oordeelt dat het hof kennelijk heeft aangenomen dat de verpleegkundigen in dienst van Sint-Willibrord:

“door L. te laten gaan, een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hebben geroepen.”¹⁹⁸

Door, daarvan uitgaande, te oordelen dat de schade aan Sint-Willibrord kon worden toegerekend, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad.

Het valt op dat Hartkamp noch de Hoge Raad verwijzen naar het *Dicky Trading I*-arrest en de toerekeningsarresten die daarop zijn gevolgd (*Wrongful*

195. Conclusie OM, nr. 11.

196. R.o. 4.6.

197. Conclusie OM, nr. 12.

198. R.o. 3.6.

birth en Seksueel misbruik). Als *conditio sine qua non*-verband kan worden aangenomen omdat de verpleegkundigen van Sint-Willibrord een risico op schade in het leven hebben geroepen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt, dan lijkt het, gezien voornoemde rechtspraak, toch voor de hand te liggen om aan de hand van dezelfde formule te motiveren dat de schade kan worden toegerekend. In plaats daarvan gebruikt de Hoge Raad een formulering die nóg al ruimer lijkt te zijn dan de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule, door te spreken van “een verhoogd gevaar voor enigerlei schade”.

Erg gelukkig is deze formulering mijns inziens niet. Ziet men haar los van de specifieke omstandigheden van het geval, dan lijkt zij in te houden dat telkens wanneer een verhoogd gevaar voor *enigerlei* schade in het leven werd geroepen, deze ook kan worden toegerekend. In dat geval zijn we met de toerekening voortaan gauw klaar: een wanprestatie of onrechtmatige daad roept zonder twijfel immer een verhoogd gevaar voor *enigerlei* schade in het leven (zelfs vele niet-onrechtmatige gedragingen doen dat), wat zou betekenen dat alle schade die vervolgens daadwerkelijk ontstaat, per definitie ook kan worden toegekend. Daarmee zou het ideaal van Van Schellen eindelijk zijn bereikt: geen ‘toerekenen naar redelijkheid’, maar ‘afrekenen naar volledigheid’.¹⁹⁹

Hier geldt hetzelfde als door mij in § 3.2 is aangevoerd met betrekking tot de bovengenoemde toerekeningsarresten: er is geen reden om te veronderstellen dat de Hoge Raad het geldende recht op dit punt plots heeft willen omgooien. Dus moeten we de betreffende formulering maar niét los zien van de specifieke omstandigheden van het geval, en van de terughoudendheid bij de toetsing in cassatie van het toerekeningsoordeel die de Hoge Raad hier wellicht heeft willen betrachten. Een mogelijke verklaring voor het niet toepassen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule op het toerekeningsverband is dat het risico waar het hier²⁰⁰ om gaat, zeer algemeen van aard is. Het gevaar dat de betrokken patiënt in de eerste plaats voor zichzelf, maar ook voor derden opleverde kan zich op de meest uiteenlopende manieren verwezenlijken en is daarmee nogal onbepaald.²⁰¹ Men kan moeilijk zeggen dat de schade het typische gevolg is van de schending van de norm, of dat juist deze schade nu zo voorzienbaar is. Typisch en voorzienbaar is hier inderdaad slechts ‘enigerlei’ schade in het algemeen, niet de specifieke schade die daadwerkelijk is ontstaan.

De hier door de Hoge Raad gebezigde formule moet naar mijn mening worden gezien als de ad hoc motivering van een beslissing waarmee kan worden ingestemd om de reden waar A-G Hartkamp op wijst. Bij schending van een veiligheidsnorm wordt in beginsel ruim toegerekend. De weinig gelukkige motivering van de Hoge Raad doet mij eens te meer verlangen naar de terugkeer van ons hoogste rechtscollège naar het gebruik van de bekende gezichtspunten zoals die

199. Zie Van Schellen, NJB 1985, p. 1117.

200. Dat wil zeggen bij de toerekeningsvraag. Over welk risico het bij het *conditio sine qua non*-verband precies gaat, kan men verschillend denken. Zie hetgeen hierover verderop wordt opgemerkt (in § 6.7 in de tekst bij voetnoot 223).

201. Hierop wijst ook Hartlief, AA 2001, p. 458 r.k.

in het kader van de leer van de toerekening naar redelijkheid zijn uitgekristalliseerd.²⁰²

6.5 REACTIES IN DE LITERATUUR

Het arrest heeft de pennen over de omkeringsregel pas echt goed losgemaakt. Drion meent dat het tot een aanzienlijke verschuiving van ons materiële recht leidt en constateert dat het “geen nadere overwegingen [wijdt] aan het waarom achter en de consequenties van deze nieuwe regel”.²⁰³ Hij mist aanwijzingen om tot “een systeem van checks en balances” te komen, en illustreert de mogelijke gevolgen met een aantal voorbeelden:

“Zou het nu echt zo zijn dat ik als professionele koper van een niet goed werkende machine die ik zou installeren in een fabriek met het doel dat die fabriek daarmee producten zal maken die aan derden worden verkocht simpelweg mijn hand op kan houden voor alle werkelijk geleden schade, hoe ver weg ook gelegen en hoezeer misschien ook (mede) in het leven geroepen door andere oorzaken, mits ik maar stel en bewijs dat er een toerekenbare tekortkoming is geweest van de verkoper en er daardoor enig risico op schade is ontstaan, behoudens de – toch vrij diabolisch voorkomende – bewijsslast van de verkoper dat de schade ook zou zijn ontstaan zonder de wanprestatie? Zou het echt zo zijn dat ik als CD-uitgever nu zomaar mijn volledige winstdaling als gevolg van illegaal kopiëren kan claimen van iedere willekeurige inbreukmaker, behalve voor zover die bewijst dat mijn winstdaling zich ook zou hebben gerealiseerd door bepaalde andere inbreukmakers of door bijvoorbeeld slechte bedrijfsvoering?”²⁰⁴

Als opties voor ‘een systeem van checks en balances’ suggereert Drion inperking van het toepassingsgebied van de omkeringsregel en verruiming van de mogelijkheden voor het leveren van tegenbewijs. In een reactie voeren Van Swaaij en Tjong Tjin Tai aan dat Drion ten onrechte de alarmklok luidt, onder meer omdat de omkeringsregel alleen zou zien op het *conditio sine qua non*-verband en niet op het toerekeningsverband.²⁰⁵ Zoals wij zagen, is dat in zoverre juist dat het bij het toerekeningsverband niet past om van ‘de omkeringsregel’ te spreken,²⁰⁶ maar heeft de Hoge Raad de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule wel degelijk meer dan eens op het toerekeningsverband toegepast. Niettemin hebben andere auteurs de stelling van Van Swaaij en Tjong Tjin Tai zonder meer overgenomen.²⁰⁷

Bij anderen overheerst het ongeloof. Giesen kan nog steeds niet geloven dat de in het arrest gegeven regel als algemeen toepasbare regel bedoeld is.²⁰⁸ Ook Hendrix betwijfelt of de Hoge Raad met het aanhalen van Dicky Trading II werke-

202. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 26 e.v.

203. Drion, NJB 2000, p. 1957 r.k.

204. Drion, NJB 2000, p. 1957 r.k. Zie voor mijn antwoord op de eerste vraag § 14.3 en over de tweede vraag Sieburgh, WPNR 2001, p. 590.

205. Van Swaaij en Tjong Tjin Tai, NJB 2001, p. 394-395.

206. Zie § 3.2.

207. Zo Londonck Sluijk, Bb 2001, p. 110 r.k.; Beenders, NTBR 2001, p. 280 r.k. Twijfelend: Van Peursem en Wissink (2000), p. 115 r.k.

208. Giesen, A&V 2000, p. 109 l.k.

lijk bedoeld heeft de omkeringsregel definitief op het hele aansprakelijkheidsrecht van toepassing te verklaren.²⁰⁹ Pals leest in het arrest een verwerping van proportionele aansprakelijkheid,²¹⁰ hetgeen bestreden wordt door De Bosch Kemper.²¹¹

6.6 EIGEN WAARDERING VAN HET RESULTAAT IN HET CONCRETE GEVAL: MINDER AANSPREKEND DAN IN ANDERE GEVALLEN

Zelf moet ik zeggen dat het resultaat in het concrete geval mij minder aanspreekt dan in andere gevallen waarin de omkeringsregel werd toegepast, al kan ik er wel mee instemmen. Over de vraag of de dienstdoende psychiater, indien geraadpleegd, de patiënt zijn vertrek had moeten beletten, staakten zoals gezegd de stemmen. Men kan dus niet zeggen dat een feitelijk vermoeden in het nadeel van Sint-Willibrord sprak. De beslissing om de bewijslast om te keren moet dus kunnen worden gerechtvaardigd door normatieve overwegingen die samenhangen met de strekking van de geschonden norm. Die zijn hier wel te vinden, maar zijn mijns inziens minder sprekend dan bijvoorbeeld in het geval van Dicky Trading.

Het gaat om een norm ('gij zult de dienstdoende psychiater raadplegen indien u overweegt een patiënt in ontredderde toestand uit de inrichting te laten vertrekken') waarvan de beschermende strekking in de eerste plaats ziet op de patiënt zelf, en pas in het afgeleide daarvan op de samenleving in het algemeen, waaronder de derde die hier schade heeft geleden. Ten opzichte van de patiënt kan men nog wel zeggen dat de norm de strekking heeft hem te beschermen tegen het specifieke soort gevaar dat zich hier heeft verwezenlijkt, al kan daartegen worden ingebracht dat het *meest* specifieke gevaar het risico betreft dat de patiënt *zichzelf* wat aandoet. Maar ten opzichte van de derde is een verdergaande veralgemenisering van de beschermende strekking van de norm nodig. Men moet dan aannemen dat de plicht om de dienstdoende psychiater te raadplegen mede strekt ter bescherming van derden tegen het gevaar dat schuilt in het 'loslopen' van daarvoor eigenlijk te zeer overstuur zijnde (ex-)patiënten, welk gevaar zich onder andere door brandstichting kan verwezenlijken. Het kan allemaal wel, en ik zeg ook niet dat het anders had gemoeten, maar deze veralgemenisering gaat naar mijn mening toch duidelijk ten koste van de werfkracht van de beslissing om de omkeringsregel toepasselijk te achten. Daarbij acht ik ook van belang dat die derden zich tegen de betreffende soort risico's onder meer met een brand- en inboedelpolis plegen te verzekeren. Voorts lijkt het mij niet zo dat men een derde haast per definitie zou kunnen tegenwerpen dat raadpleging van een psychiater het vertrek van de patiënt toch niet zou hebben kunnen voorkomen. Mij dunkt dat meestal wél duidelijk zal zijn wat die psychiater zou hebben beslist.²¹²

Nu het qua feitelijk vermoeden van causaal verband een dubbeltje op zijn kant was, kan ik er wel mee instemmen dat men de balans in het voordeel van de

209. Hendrix, NbBW 2000, p. 115 r.k.

210. Pals, VR 2000, p. 394-396.

211. De Bosch Kemper, VR 2000, p. 419. En ook door Akkermans, VR 2001, p. 48 r.k.

212. Mede op grond hiervan zal ik in § 13.7 concluderen dat de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel niet in een 'structurele bewijsnood' is gelegen.

benadeelde liet doorslaan, ook al is het verband tussen de beschermende strekking van de norm en het verwezenlijkte risico duidelijk minder nauw dan in veel andere gevallen waarin de omkeringsregel werd toegepast.

Hierbij speelt wat mij betreft geen rol de mogelijke rechtvaardiging voor de uitkomst van het arrest waar Nieuwenhuis op wijst, namelijk het verzekeringsaspect.²¹³ Het hof heeft expliciet overwogen dat Sint-Willibrord tegen de onderhavige aansprakelijkheid was verzekerd, terwijl de schade waarvan de benadeelde vergoeding vordert, buiten de dekking van diens verzekering valt. In het maatschappelijk verkeer heeft de aansprakelijkheidsverzekering niet alleen een functie ten opzichte van de verzekerde, maar ook ten opzichte van de derde aan wie die verzekerde schade toebrengt, zo betoogt Nieuwenhuis, en in het licht van die functie is het niet onredelijk om het risico van een blijvende onzekerheid over het *conditio sine qua non*-verband onder de dekking van de aansprakelijkheidsverzekering te brengen. Op zich ben ik dat wel een beetje met hem eens, maar ik meen dat dit gezichtspunt juist in deze casus minder aanspreekt omdat die derden zichzelf tegen het betreffende risico plegen te verzekeren met een brand- en inboedelpolis. Dat de benadeelde in dit concrete geval was onderverzekerd, is wat mij betreft een omstandigheid die eerder in aanmerking komt om aan hemzelf te worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 BW ('eigen schuld', zie hierna), dan om onder de 'derdenbeschermingsfunctie' van de aansprakelijkheidsverzekering van Sint-Willibrord te worden gebracht. Voorts valt te bedenken dat het verzekeringsaspect bij causaliteitsonzekerheid zeker niet *altijd* doorslaggevend kan zijn, omdat dat tot te vergaande resultaten zou voeren.²¹⁴

Ik zou daar nog aan kunnen toevoegen dat een overweging van de Hoge Raad in de richting van het verzekeringsaspect ontbreekt, maar dat geldt net zo goed voor mijn eigen verklaring van het arrest. Mijn ongemak met het arrest zit dan ook vooral in de vanzelfsprekendheid waarmee de beslissing om de omkeringsregel toe te passen wordt gepresenteerd. Dit temeer omdat het naar mijn mening gaat om een grensgeval.²¹⁵

Zo vraag ik mij af hoe de stemverhouding onder de collega-psychiaters had moeten zijn om de balans in het voordeel van Sint-Willibrord te laten verspringen. Wat als slechts één of twee van de 21 geraadpleegde psychiaters had gemeend dat hun dienstdoende collega het vertrek van de patiënt had moeten beletten? Zouden wij dan ook *conditio sine qua non*-verband hebben moeten aannemen omdat (dwingend) bewijs van het tegendeel nu eenmaal niet was geleverd? Ik zou dat niet meer overtuigend vinden, en meen dan ook dat in dat geval de afwezigheid van *conditio sine qua non*-verband zou moeten worden aangenomen. De casus is een goed voorbeeld van een geval waarin slechts gematigde eisen aan het tegenbewijs op hun plaats zijn: indien een duidelijke meerderheid van de geraadpleegde psychiaters had gemeend dat hun dienstdoende collega het vertrek van de patiënt niet had moeten (trachten te) beletten, zou naar mijn mening het oordeel hebben moeten luiden dat voldoende tegenbewijs is gele-

213. J.H. Nieuwenhuis, *De neus van Cleopatra*, *RM Themis* 2002, p. 1-2.

214. Vlg. mijn commentaar bij het Oude Monnik Motors-arrest (in § 8.6 in de tekst bij voetnoot 273).

215. Zie nader § 14.4.

verd.²¹⁶ of – meer juist – dat de omkeringsregel niet van toepassing is wegens een feitelijk vermoeden dat de andere kant op wijst.²¹⁷

Zoals bekend gaat van de alles-of-niets-benadering in dit soort grensgevallen altijd maar een beperkte werfkracht uit.²¹⁸ Zelf zou ik als feitenrechter dan ook een proportionele oplossing hebben overwogen.²¹⁹ Het was niet eens nodig geweest om daarvoor het relatief nieuwe²²⁰ en op sommige terreinen (nog) omstreden leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband toe te passen. Een meer subtiële afweging was ook mogelijk geweest in het conventionele kader van artikel 6:101 BW ('eigen schuld'). Mij dunkt dat het gedrag van zijn zoon, en het feit dat zijn inboedel zeer aanzienlijk was onderverzekerd (het ging om een onvergoed gebleven bedrag van circa f 384.000),²²¹ omstandigheden zijn waarvan zijn schade mede het gevolg was, en die de benadeelde in principe hadden kunnen worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 BW. Dit met een bepaalde vermindering van de vergoedingsplicht van Sint-Willibrord als gevolg.²²²

6.7 PAST DE 'RISICO DAT ZICH HEEFT VERWEZENLIJK'-FORMULE HIER EIGENLIJK WEL?

Ik kwam reeds in § 4.5 tot de conclusie dat de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel niet beslissend kunnen zijn voor zijn toepasselijkheid, een argument dat ik in § 8.8 nog nader zal uitwerken naar aanleiding van het Oude Monnick Motors-arrest. In dit verband wijs ik er reeds hier op dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule op de casus van het Sint-Willibrord-arrest minder vanzelfsprekend past dan wel wordt aangenomen. Het lijkt erop dat A-G Hartkamp en de Hoge Raad ervan uitgaan dat het risico dat door de verpleegkundigen in het leven werd geroepen, het risico was dat de patiënt voor zichzelf

216. Zie nader § 15.5.

217. Zie in dit verband nader § 14.3.

218. Zie bijv. Akkermans, VR 1999 A, p. 67 e.v.

219. Vgl. Nieuwenhuis, RM Themis 2002, p. 2 l.k.

220. Zie voor een stand van zaken de verschillende bijdragen in Akkermans, Faure, Hartlief (2000).

221. Ik ben mij ervan bewust dat, indien eenmaal is geoordeeld dat er causaal verband bestaat en Sint-Willibrord jegens de benadeelde aansprakelijk is, de brandverzekeraar in beginsel regres kan nemen voor het gedeelte van de schade dat wél onder de polis was gedekt. Dat laat echter de mogelijkheid onverlet om in de procedure jegens de benadeelde zelf het onverzekerd zijn aan te merken als een toerekenbare omstandigheid waarvan *zijn* schade mede het gevolg was. En bij een grensgeval als het onderhavige is het verdedigbaar om in een eventuele regresprocedure tot een ander oordeel over de bewijslastverdeling te komen (op grond van de redelijkheid en billijkheid zoals bedoeld in art. 150 Rv) en de vordering van de brandverzekeraar af te wijzen omdat het csqn-verband onvoldoende is komen vast te staan. Vgl. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476 m.nt. PAS (Industromontaza/Banfic), waarin werd beslist dat de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat van een bijzondere bewijsregel (in casu de 'omkeringsregel' van art. 7:658) wordt afgeweken en wordt teruggevallen op de hoofdregel van artikel 150 Rv. Zie over de invloed op bewijswaardering en bewijslastverdeling van de identiteit van eiser (een regresnemer of de benadeelde zelf) Akkermans, VR 2002 B, p. 138-139.

222. Vgl. in dit verband De Bosch Kemper, VR 2000, p. 419.

en voor derden opleverde toen men hem in ontredde staat liet vertrekken.²²³ Of de verpleegkundigen dát risico inderdaad ‘in het leven riepen’ is echter een kwestie van formulering. Het onrechtmatige van hun gedraging was niet daarin gelegen dat zij de patiënt lieten gaan, maar dat zij hem lieten gaan zonder eerst de dienstdoende psychiater te raadplegen. Er is dus goede grond om te zeggen dat het risico dat zij ‘in het leven riepen’, niet het risico is dat de patiënt voor zichzelf en anderen opleverde, maar het risico dat zij de patiënt *ten onrechte* lieten gaan, met het aan zijn toestand inherente gevaar van dien voor hemzelf en derden. En of dát risico zich heeft gerealiseerd, is niet vast komen te staan en werd door Sint-Willibrord juist bestreden.

Maar zoals gezegd, het gaat hier slechts om een woordenspel, de casus laat zich ook omgekeerd formuleren en inhoudelijk doet dit alles niet terzake.

6.8 DE ALGEMENE BETEKENIS VAN HET ARREST: EEN GEMISTE KANS VOOR NADERE UITLEG

Wat er ook zij van de door mij zojuist geopperde mogelijkheden voor een meer subtiële afweging, in cassatie was slechts het oordeel van het hof aan de orde voorzover dat in de middelen aan de kaak was gesteld. Zoals gezegd zijn beslissingen over het causaal verband in cassatie maar beperkt toetsbaar.²²⁴ Dat geldt met betrekking tot het conditio sine qua non-verband sterker dan met betrekking tot het toerekeningsverband. De beslissing van het hof lijkt onjuist gemotiveerd,²²⁵ maar het valt te billijken dat men haar resultaat in stand wilde laten. Daartoe hadden echter ook andere wegen kunnen worden bewandeld dan er een toepassing van de omkeringsregel in te lezen, bijvoorbeeld door de beslissing (slechts) zo te duiden dat het hof oordeelde dat conditio sine qua non-verband kon worden aangenomen. In elk geval zou het de duidelijkheid ten goede zijn gekomen wanneer de Hoge Raad had aangegeven dat de motivering van het hof inderdaad te kort door de bocht was, maar met de omkeringsregel op de propfen was gekomen in het kader van een expliciete aanvulling van rechtsgronden waardoor het arrest van het hof in cassatie kon worden gehandhaafd.

Hoe dat ook zij, nu de ‘algemene’ omkeringsregel voor de tweede keer bij het conditio sine qua non-verband van stal werd gehaald, lijkt mij dat het arrest een gemiste kans was voor nadere uitleg over grondslag en reikwijdte van die regel.²²⁶ Zo is het jammer dat A-G Hartkamp in zijn Conclusie niet is ingegaan op de vraagtekens die in de literatuur ook toen al uitdrukkelijk bij de algemene toepasbaarheid van Dicky Trading II waren gesteld. Hij herhaalt slechts wat hij al in de Asser-serie schreef, namelijk dat deze regel zijns inziens voortaan over de hele

223. Ik merk op dat de Hoge Raad in r.o. 4.6 het verwijt aan de verpleegkundigen aldus formuleert dat zij de patiënt *lieten gaan* (zie het citaat in § 6.4 in de tekst bij voetnoot 198). Het ging daar echter over het toerekeningsverband, dat pas aan de orde komt nadat de vraag naar het conditio sine qua non-verband in positieve zin is beantwoord. Omdat er in dat stadium dus van uit wordt gegaan dat de verpleegkundigen de patiënt *ten onrechte* lieten gaan, is het geen probleem meer om het verwijt te formuleren zoals de Hoge Raad in r.o. 4.6 deed.

224. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 40.

225. Zie in § 6.3 de tekst bij voetnoot 190.

226. In vergelijkbare zin Giesen, A&V 2000, p. 109 m.k.; Hartlief, AA 2001, p. 456 l.k.

linie van het aansprakelijkheidsrecht geldt. Nu niet kan worden gezegd dat een feitelijk vermoeden in het nadeel van Sint-Willibrord sprak, kan de beslissing om niettemin causaal verband aan te nemen slechts worden gerechtvaardigd door normatieve overwegingen. De beslissing vraagt dan ook om een nadere toelichting waarom de benadeelde hier het voordeel van de twijfel behoorde te krijgen. De Hoge Raad verwijst echter slechts naar een algemeen geformuleerde regel uit een eerder arrest waarin die toelichting óók al niet werd gegeven.

7 Tussen Sint-Willibrord en Oude Monnick Motors: moet de Hoge Raad zelf ook nog wennen aan zijn nieuwe regel?

7.1 INLEIDING

In de zeven maanden tussen het Sint-Willibrord-arrest van juni 2000 en het Oude Monnick Motors-arrest van januari 2001 wijst de Hoge Raad vier arresten over het bewijs van causaal verband.²²⁷ In deze arresten wordt de omkeringsregel telkens *niet* toegepast. Om uiteenlopende redenen zijn zij toch de moeite van een bespreking waard. Tezamen genomen brengen zij opnieuw een tegenstrijdige boodschap over de vraag of de omkeringsregel wel echt een algemeen geldende regel is, dan wel wat die status van ‘regel’ precies voor consequenties heeft. Vooral dat laatste is van blijvend belang. Het eerste en het derde arrest gaan over een beroepsfout van een notaris. Het vierde arrest werd net als het Oude Monnick Motors-arrest gewezen op 19 januari 2001 en betreft een beroepsfout van een arts. Alleen het tweede, het arrest Amev/Sjors,²²⁸ dat handelt over een aspect van verzekeringsrecht, heeft voor wat de omkeringsregel betreft de nodige aandacht getrokken.

7.2 OMVANG VAN DE MOTIVERINGSPLICHT WANNEER DE OMKERINGSREGEL NIET WORDT TOEGEPAST: HR 20 OKTOBER 2000 (DUBBEL VERPANDE HUUROPBRENGST)

Dit arrest²²⁹ betreft de beroepsfout van een notaris. Het ging om een transactie waarin een eerste BV haar aandelen in een tweede BV verkoopt aan een derde BV. Voor een deel van de koopsom verstrekt de verkoopster een geldlening aan de koopster. Als zekerheid voor deze geldlening verpandt koopster het recht op bepaalde huuropbrengsten. Koopster failleert en de huuropbrengsten blijken reeds eerder aan haar bank te zijn verpand. De verkoopster spreekt de notaris aan voor het nog niet terugbetaalde gedeelte van de geldlening, stellende dat de notaris ten onrechte heeft verzuimd om te controleren of de huuropbrengsten niet reeds aan een derde waren verpand.

De rechtbank oordeelt dat de notaris inderdaad een beroepsfout heeft gemaakt, maar honoreert het verweer van de notaris dat, ook indien hij verkoopster tijdig van de eerste verpanding op de hoogte zou hebben gesteld, zij de trans-

227. Zie voorts HR 1 december 2000, VR 2001, 92. Dit arrest gaat over informed consent bij een (mislukte) sterilisatie. Advocaat-generaal Langemeijer gaat ervan uit dat de omkeringsregel hier van toepassing is. De Hoge Raad komt niet aan deze kwestie toe.

228. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 m.nt. MMM.

229. JOL 2000, 494.

actie toch zou hebben doorgezet, zodat het causaal verband tussen het verzuim van de notaris en de gestelde schade ontbreekt.

In hoger beroep wordt dit vonnis bekrachtigd. Het hof overweegt dat de stellingen van verkoopster in eerste instantie het op zijn minst onwaarschijnlijk maken dat annulering van de koop redelijkerwijs nog mogelijk was geweest indien was gebleken dat koopster geen adequate zekerheden kon bieden. Weliswaar heeft verkoopster in hoger beroep haar stellingen op dit punt aanvankelijk bijgesteld en vervolgens zelfs volledig herroepen, maar nu zij daarvoor geen enkele verklaring heeft gegeven, dient verkoopster naar het oordeel van het hof in zoverre aan het oorspronkelijk door haar gestelde gehouden te worden dat zij belast dient te worden met het bewijs van haar in hoger beroep aangevoerde stellingen.

Het cassatiemiddel klaagt dat het hof ten onrechte verkoopster heeft belast met het bewijs van het causaal verband tussen de beroepsfout van de notaris en de door verkoopster geleden schade. Advocaat-generaal Strikwerda leest hierin een beroep op de omkeringsregel, maar meent dat die regel verkoopster in casu niet kan baten:

“Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat de regel in het onderhavige geval uitzondering moet lijden nu [verkoopster] van haar in eerste aanleg betrokken stellingen met betrekking tot de vraag of de verkoop, ook indien [koopster] voor de haar verstrekte lening geen andere, gelijkwaardige zekerheden had kunnen bieden, desondanks zou zijn doorgegaan, zonder enige verklaring is teruggekomen. [...] Dat het Hof hierin aanleiding heeft gevonden om [verkoopster] te belasten met het bewijs van zijn in hoger beroep gewijzigde stellingname, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting: het Hof was vrij om op grond van wat over en weer was gesteld en de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de niet gemotiveerde omslag in de stellingname van [verkoopster], voorshands uit te gaan van de juistheid van de stellingen van de notaris en, hoewel deze ingevolge de regel van het Dicky Trading II-arrest ten aanzien van de causaliteitsvraag bewijs zou moeten leveren, [verkoopster] tegenbewijs op te dragen.”²³⁰

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep onder toepassing van artikel 101a RO (thans artikel 81). Naar de mening van de Hoge Raad behoeft zijn oordeel dus geen nadere motivering omdat de klachten in cassatie niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Ik stel voorop dat het resultaat van deze beslissing in het concrete geval zonder meer juist lijkt. Als een partij aanvankelijk het één stelt, en vervolgens het ander gaat beweren, maar voor die koerswijziging geen enkele verklaring heeft gegeven, dan brengt hij daarmee zijn geloofwaardigheid op het betreffende punt zodanig in het geding dat het bij voldoende betwisting door de wederpartij voor de hand ligt dat hij met het bewijs van zijn gewijzigde stelling wordt opgezadeld.

Op de Conclusie OM en de toepassing van artikel 101a RO (oud) valt echter het nodige af te dingen. De A-G gaat ervan uit dat de omkeringsregel in principe toepasselijk is, maar dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat deze regel in casu

230. Conclusie OM, nr. 19.

uitzondering moest lijden. Dat de feitenrechter, mits hij zijn bewijslastbeslissing goed motiveert, ook *impliciet* van toepassing van een bijzondere regel van bewijslastverdeling als de omkeringsregel af mag zien, lijkt mij echter niet te verenigen met het karakter van de omkeringsregel als *regel*. Uit de algemene formulering van de omkeringsregel kan moeilijk anders worden geconcludeerd dan dat het gaat om een bijzondere bewijsregel in de zin van 150 Rv. De Hoge Raad spreekt zelf ook duidelijk van een 'regel'.²³¹ Het gaat niet enkel om de vrijheid van de rechter om ad hoc op basis van vermoedens voorshands causaal verband aan te nemen.²³² Daaruit zou toch moeten volgen dat het niet toepassen of anderszins afwijken door de feitenrechter van deze regel een expliciete motivering vereist.

Dat heeft de Hoge Raad zelf nog eens benadrukt in een recent arrest over de bewijslast inzake de 'merkelijke schuld' van artikel 294 Wetboek van Koophandel.²³³ Het bewijs dat een brand veroorzaakt is door de in dat artikel bedoelde ernstige mate van schuld, rust op de verzekeraar (zie ook het zo dadelijk te bespreken arrest Amev/Sjors²³⁴). In het hier bedoelde arrest had het hof de verzekerde belast met het bewijs van afwezigheid van merkelijke schuld, en aldus een andere verdeling van de bewijslast toegepast. De Hoge Raad casseert:

"Mogelijk is dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit (art. 177 Rv.) en daarmee een andere verdeling van het bewijsrisico. De rechter die oordeelt dat van dit een en ander sprake is zal dan echter de omstandigheden dienen vast te stellen die hem tot dit oordeel hebben geleid en inzicht dienen te geven in de gedachtegang die hij daarbij heeft gevolgd."²³⁵

In het hier besproken arrest over de fout van de notaris had het hof de toegepaste bewijslastverdeling wel gemotiveerd, maar daar niet de omkeringsregel bij betrokken en dus evenmin aangegeven waarom het die regel niet toepaste. De A-G gaat ervan uit dat dit gebeurde op grond van voorshandse aannemelijkheid van de afwezigheid van causaal verband, maar mij dunkt dat een dergelijke redenering, evenzeer als een afwijking op grond van de redelijkheid en billijkheid,²³⁶

231. Aldus reeds in het Dicky Trading II-arrest (in r.o. 3.5.1, zie in § 3.3 het citaat bij voetnoot 92), maar bijvoorbeeld ook in de hierna te bespreken arresten Amev/Sjors (in r.o. 3.3.2, zie in § 7.3 het citaat bij voetnoot 242), Oude Monnink Motors (in r.o. 3.7), en beide informed consent-arresten (in het arrest over de zenuwbeschadiging na polsoperatie in r.o. 3.5.2, en in dat over de dwarslaesie na een operatie aan de wervelkolom in r.o. 3.5.1).

232. Aldus expliciet Hof Leeuwarden 27 juni 2001, NJ 2002, 208.

233. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419 m.nt. MMM.

234. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 m.nt. MMM.

235. R.o. 3.6.

236. In HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476 m.nt. PAS (Industromontaza/Banfic) heeft de Hoge Raad ten aanzien van de 'omkeringsregel' van artikel 7:658 expliciet beslist dat de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat van deze bijzondere bewijsregel wordt afgeweken en wordt teruggevallen op de hoofdregel van artikel 150 Rv. Zie in verband met de 'algemene' omkeringsregel het pleidooi van Beenders, NTBR 2001, p. 279-280. Voor een dergelijke beslissing geldt weliswaar niet een 'verzwaarde motiveringsplicht' (zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam/Zonneveld)), maar mij dunkt dat zij toch ten minste expliciet (en dus niet impliciet) dient te worden genomen.

toch ten minste expliciet gemaakt zou moeten worden.²³⁷ Daarom had verwerping van het cassatiemiddel onder verbetering van de gronden van de beslissing van het hof mijns inziens meer in de rede gelegen.²³⁸

De toepassing van artikel 101a RO (oud) door de Hoge Raad lijkt mij dan ook niet op zijn plaats. Ik heb alle begrip voor de fnuikende werkdruk die de *caseload* van ons hoogste rechtscollege met zich meebrengt, en voor de noodzaak om daaraan door ruime toepassing van (thans) artikel 81 RO paal en perk te stellen. Hier ging het echter om een cassatieklacht die juist bij uitstek wél noopte tot beantwoording van (hoogst actuele) rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling: de casus had opvallend veel gemeenschappelijk met die van Dicky Trading II, de in principe-toepasselijkheid van de omkeringsregel leek onontkoombaar, en het cassatiemiddel plaatste de omvang van de motiveringsplicht bij het desondanks niet toepassen van die regel prominent op de agenda. Het lijkt wel of de Hoge Raad nog geen kennis had genomen van de vele vragen die op dat moment toch al geruime tijd leefden over de omkeringsregel, en over de ophef die deze regel inmiddels reeds veroorzaakte in de praktijk.

7.3 DE HOGE RAAD BEVESTIGT OPNIEUW DAT HET GAAT OM EEN ‘REGEL’: HET ARREST AMEV/SJORS

Eén week later wijst de Hoge Raad weer een arrest waarin de bewijslastverdeling op het terrein van de causaliteit aan de orde komt.²³⁹ Het bedrijfspan van Sjors Meubel BV is tegen brand verzekerd bij Amev. Het pand brandt af en Amev weigert uitkering met een beroep op ‘merkelijke schuld’ van Sjors in de zin van artikel 294 Wetboek van Koophandel, daaruit bestaande dat Sjors had gehandeld in strijd met bepaalde veiligheidsvoorschriften uit haar hinderwetvergunning. Het hof wees de vordering van Sjors toe omdat Amev onvoldoende hard had kunnen maken dat er causaal verband bestond tussen de overtreding van de veiligheidsvoorschriften en het ontstaan van de brand. Het middel stelde dat indien door aan een verzekerde verweten ‘merkelijk schuld’ een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen, en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen de ‘merkelijke schuld’ en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, behoudens tegenbewijs.²⁴⁰ De Hoge Raad overweegt dat het middel berust op de “door de Hoge Raad in een reeks van arresten aanvaarde” algemene omkeringsregel en verwijst ter nadere aanduiding daar-

237. Ik ben mij bewust dat het in het zojuist geciteerde arrest gaat over afwijking op grond van de redelijkheid en billijkheid van de hoofdregel van artikel 150, hetgeen niet hetzelfde is als afwijking op grond van voorshandse aannemelijkheid van de omkeringsregel. In principe maakt dit voor de toetsing in cassatie weliswaar wat uit (redelijkheid en billijkheid is een rechtsvraag, voorshandse aannemelijkheid is een feitelijke kwestie), maar dat kan naar mijn mening moeilijk meebrengen dat de door de Hoge Raad bedoelde motiveringsplicht in het laatste geval zo vergaand zou zijn beperkt dat zelfs het bestaan als zodanig van de omkeringsregel waarvan wordt afgeweken, niet eens hoeft te worden vermeld.

238. Deze kwestie speelt eveneens in het in § 7.5 te bespreken arrest HR 19 januari 2001, LJN AA9704, JOL 2001, 50 (posttraumatische dystrofie).

239. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 m.nt. MMM (Amev/Sjors).

240. Middel onder nr. 2.4.

van niet alleen naar het Sint-Willibrord-arrest, maar – zeer verrassend – ook naar een bepaald arrest uit 1953²⁴¹ (waarover zo dadelijk meer). Hij vervolgt:

“De hier bedoelde regel kan in het onderhavige geval echter geen toepassing vinden. Niet gesteld is dat de gedragingen die Amev aan Sjors verwijt als onrechtmatig jegens Amev moeten worden aangemerkt dan wel dat deze gedragingen als een aan Sjors toerekenbare tekortkoming in de nakoming van enige verbintenis jegens Amev moet worden aangemerkt. Het Hof heeft zulks dan ook niet vastgesteld. De voorwaarde voor toepassing van de regel, te weten onrechtmatig gedrag van Sjors jegens Amev dan wel door Sjors jegens Amev gepleegde wanprestatie, is derhalve niet vervuld.”²⁴²

Voor wie daar nog aan twijfelde, houdt dit arrest de definitieve bevestiging in dat de Hoge Raad de omkeringsregel inderdaad voortaan algemeen van toepassing wil laten zijn. Driemaal is scheepsrecht. Een nadere uitleg over de rechtvaardiging van deze regel wordt echter ook hier niet gegeven. Waarom zijn toepasbaarheid is beperkt tot gedragingen die als onrechtmatige daad of wanprestatie kunnen worden aangemerkt, werkt de Hoge Raad niet uit.

Met het resultaat van het arrest kan worden ingestemd. De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel (waarover meer in hoofdstuk 13), door Advocaat-generaal Spier samengevat als ‘slachtofferbescherming’,²⁴³ is alleen van toepassing bij de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en wanprestatie. Deze regel laat zich niet extrapoleren naar een terrein zoals dat van de ‘merkelijke schuld’ waar deze rechtvaardiging niet opgaat. Het tegemoetkomen aan de belangen van een slachtoffer van een onrechtmatige daad of wanprestatie is wat anders dan het tegemoetkomen aan de belangen van een verzekeraar in diens relatie tot zijn verzekerde, voor wie bovendien ook andere wegen (namelijk strengere polisbepalingen) openstaan om die belangen veilig te stellen.²⁴⁴ Ook meer in het algemeen gelden voor causaliteitsvragen in het kader van het polisrecht andere maatstaven dan die van afdeling 6.1.10 BW over wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.²⁴⁵

Weliswaar blijft opnieuw de zo node gemiste nadere uitleg over de rechtvaardiging van de omkeringsregel uit, het arrest levert wel een eerste duidelijke, logische en werkbare afbakening van de reikwijdte van die regel op. Ik wijs erop dat een van de hoofdregel van artikel 150 Rv afwijkende *regel* van bewijslastverdeling ook geenszins nodig is om in voorkomende gevallen een redelijk resultaat te bereiken: er is altijd nog het ad hoc vermoeden dat grond kan geven voor een ad hoc bewijslastomkering.

Opmerkelijk is de verwijzing naar het arrest uit 1953 waarin de omkeringsregel reeds zou zijn aanvaard.²⁴⁶ Zoals een aantal schrijvers heeft opgemerkt,²⁴⁷

241. HR 30 oktober 1953, NJ 1954, 261 m.nt. JB.

242. R.o. 3.3.2.

243. Conclusie OM, nr. 3.12.1.

244. Op dit laatste wijst ook de A-G.

245. Zie HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210 (Hoogenboom/Unigarant).

246. HR 30 oktober 1953, NJ 1954, 261 m.nt. JB.

247. Zo Sieburgh, WPNR 2001, p. 589 r.k. en voetnoot 74; W.H. Bouman, Bb 2001, p. 29-30.

werd in dat arrest slechts geoordeeld dat het hof op grond van zijn feitelijke vaststellingen (waaronder de verhoogde kans op schade zoals in casu was ontstaan) causaal verband kon aannemen, en dat de vraag of het hof dat terecht deed niet ter beoordeling staat van de cassatierechter. Het ging daar dus slechts om een door de Hoge Raad gerespecteerd *ad hoc* feitelijk vermoeden,²⁴⁸ niet om een algemene regel van bewijsrecht. Deze verwijzing geeft opnieuw de indruk dat het de Hoge Raad bij de omkeringsregel niet steeds voldoende duidelijk voor ogen heeft gestaan waar hij precies mee bezig was.

7.4 DE OMKERINGSREGEL VERDWIJNT WEER UIT HET ZICHT: HR 12 JANUARI 2001 (NOTARIS/AMEV)

Typerend voor de onzekerheid die in de praktijk nog steeds heerst over de algemene toepasselijkheid van de omkeringsregel, is het volgende arrest, dat opnieuw gaat over de beroepsfout van een notaris.²⁴⁹ Amev financiert veertien premiekoopwoningen voor een coöperatie en haar leden door middel van een hypothecaire geldlening met zogenaamde 'gemeentegarantie'. In het concept van de hypotheekakte zoals die naar Amev was gezonden, ontbrak een verwijzing naar een bepaalde Regeling²⁵⁰ die op de borgstelling van de gemeente van toepassing zou zijn. Wanneer de coöperatie en haar leden in gebreke blijven, worden de woningen onderhands verkocht en laat de gemeente met een beroep op de Regeling een bedrag van f 1.723.297 aan boeterenten onbetaald. Amev vordert veroordeling van de notaris tot schadevergoeding op te maken bij staat omdat de notaris zonder nader bericht was afgeweken van het eerder aan Amev toegezonden concept. De notaris bestrijdt onder meer dat er causaal verband bestaat tussen zijn fout en de door Amev opgevoerde schade. Hij voert daartoe aan dat gemeentegaranties altijd worden afgegeven met toepassing van de betreffende Regeling, die ziet op de deelname van het Rijk in gemeentegaranties en op grond waarvan de gemeente een eventueel verlies gedeeltelijk kan doorberekenen aan de rijksoverheid. Amev had dus alsnog moeten instemmen met de toepasselijkheid van de Regeling, of de financiering door Amev was niet doorgegaan, aldus de notaris.

Rechtbank en hof verwerpen het causaliteitsverweer. Het hof baseert dit op het oordeel dat, behoudens door de notaris te leveren tegenbewijs, uitgangspunt moet zijn dat Amev geen borgstelling van de gemeente heeft aanvaard met toepasselijkheid van de Regeling. De Hoge Raad verstaat dit oordeel van het hof aldus, dat ook indien moet worden aangenomen dat geen overeenkomst van geldlening tot stand zou zijn gekomen, aannemelijk is dat Amev als gevolg van de fout van de notaris schade heeft geleden.²⁵¹ De Hoge Raad denkt hier waarschijnlijk aan gederfde winst. Omdat Amev vergoeding van schade op te maken bij staat heeft gevorderd, kon het hof volstaan met verwerping van de stelling van de notaris dat het vereiste causaal verband geheel ontbreekt, aldus de Hoge Raad.

248. Dat soort uitspraken is legio. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 14.

249. NJ 2001, 453.

250. De 'Regeling deelneming Rijk in garanties van de gemeente voor eigen woningen en woonwagens', Stcrt. 1991, 248.

251. R.o. 3.8.

Op zichzelf gaat het hier om een alleszins duidelijke beslissing, met een alleszins acceptabel resultaat. Het hof verwerpt de mogelijkheid dat Amev alsnog had ingestemd met de toepasselijkheid van de Regeling. Dat liet twee mogelijkheden over: óf Amev was erin geslaagd de gemeente te houden aan het oorspronkelijke concept, óf de financiering was niet doorgegaan. In beide gevallen zou Amev door de fout van de notaris schade hebben geleden: in het eerste geval het gevorderde bedrag aan boeterenten, in het tweede gederfde winst. Daarmee was het voorliggende probleem er niet een van ‘alles of niets’, maar van ‘alles of een beetje’. En dat probleem kon inderdaad worden doorgeschoven naar een eventuele schade-staatprocedure: aansprakelijkheid voor enige schade stond in elk geval vast.

Opmerkelijk is alleen dat de omkeringsregel in het geheel buiten beeld blijft. Dit terwijl het toch ondubbelzinnig over het bewijs van causaal verband gaat, nota bene bij de beroepsfout van een notaris, waar ook het Dicky Trading II-arrest betrekking op had. Er wordt eenvoudig niet over de omkeringsregel gerept, (ken-nelijk) niet door partijen, niet in de feitelijke instanties, niet in de Conclusie OM, en niet door de Hoge Raad. Ik merk op dat de bewijslast door rechtbank en hof werd omgekeerd, en dat voor het aannemen van causaal verband met de verwerping van het verweer van de notaris werd volstaan. Het middel stelde deze bewijs-lastverdeling als zodanig weliswaar niet aan de orde, maar gezien de inhoudelijke verwantschap tussen de betreffende materie en de omkeringsregel zou men toch verwachten dat de Hoge Raad ten minste daaraan zou refereren, al was het maar om te bevestigen dat deze relatief nieuwe regel inderdaad op gevallen als het onderhavige betrekking heeft. Zou de Hoge Raad de omkeringsregel opnieuw over het hoofd hebben gezien? Het is haast niet voor te stellen. Eén week later wijst hij het Oude Monnink Motors-arrest.

7.5 OPNIEUW DE OMVANG VAN DE MOTIVERINGSPLICHT WANNEER DE OMKERINGSREGEL NIET WORDT TOEGEPAST: HR 19 JANUARI 2001 (POSTTRAUMATISCHE DYSTROFIE)

Dit arrest²⁵² werd op dezelfde dag gewezen als het zo dadelijk te bespreken Oude Monnink Motors-arrest. Het betreft de beroepsfout van een handchirurg. Wanneer na een correct uitgevoerde operatie aan de rechterhand pijnklachten optreden, diagnosticeert de arts deze niet tijdig als de gevreesde complicatie Posttraumatische Dystrofie (PD) en verwijst de patiënt ten onrechte naar een fysiotherapeut. De patiënt wordt blijvend invalide aan zijn rechterhand.

Rechtbank en hof wijzen zijn schadeclaim echter af omdat wetenschappelijk bewijs ontbreekt voor de stelling dat bij vroegtijdige en adequate behandeling een beter resultaat had kunnen worden bereikt. In het geval dat de kans daarop ‘meer dan zeer gering’ zou zijn geweest, maar ‘niet aanzienlijk’, zo had het hof in een tussenarrest nog overwogen, zou het redelijk zijn om de arts (slechts) aansprake-lijk te houden voor het verlies van die herstelkans.²⁵³ Maar toen de deskundigen vervolgens rapporteerden dat het nog maar de vraag is of door de laattijdige dia-

252. LJN AA9704, JOL 2001, 50.

253. Het hof overweegt hier toepassing te geven aan de doctrine van het verlies van een kans. Vgl. voetnoot 6 van de Conclusie OM.

gnose en de fysiotherapie überhaupt wel een herstelkans verloren was gegaan, omdat in de medische wetenschap noch over het ziektebeeld bij PD noch over de vraag wat een adequate behandeling daarvan is, consensus bestaat, verwierp het hof niet alleen de stelling van eiser dat de kunstfout de invaliditeit aan zijn rechterhand had veroorzaakt, maar ook zijn subsidiaire stelling dat die kunstfout de kans op herstel aanwijsbaar had verkleind:

“Naar het oordeel van het hof is dan ook niet komen vast te staan dat het niet tijdig onderkennen van de mogelijke symptomen van PD en de voorgeschreven fysiotherapie het herstel hebben bemoeilijkt of onmogelijk hebben gemaakt, zodat [eiser] niet kan worden gevolgd in zijn stelling dat het missen van de diagnose PD en het voorschrijven van fysiotherapie de oorzaak zijn geweest van de blijvende invaliditeit aan de rechterhand, dan wel de kans op herstel aanwijsbaar hebben verkleind.”²⁵⁴

Het middel verwijt het hof onder meer uit te zijn gegaan van een onjuist causaliteitsbegrip, omdat de voorgeschreven fysiotherapie het risico van blijvende invaliditeit meebracht, dan wel de herstelkans aanmerkelijk verkleinde. Advocaat-generaal Wesseling-van Gent leest hierin een beroep op de omkeringsregel, en voert aan dat het middel miskent dat het hier gaat om een regel van bewijslastverdeling (en niet om een materieel causaliteitscriterium, zo begrijp ik haar). Het hof heeft de causaliteitsvraag aan deskundigen voorgelegd, aldus de A-G. Zij vervolgt:

“De deskundigen hebben op dit punt als hun oordeel te kennen gegeven dat uit de medische gegevens niet kan worden afgeleid dat [de arts] schadelijke fysiotherapie heeft voorgeschreven en dat het zeer de vraag is of bij een andere behandeling dan fysiotherapie de gevolgen voor [de patiënt] anders zouden zijn geweest, hetgeen het hof ertoe heeft gebracht het hiervoor bedoelde causaal verband niet aanwezig te achten. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk.”²⁵⁵

De Hoge Raad oordeelt dat het middel faalt “op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-generaal Wesseling-van Gent.”

Ook voor dit arrest geldt dat het resultaat wel bevredigend is, maar de motivering niet. De A-G gaat ervan uit dat de omkeringsregel in principe op het betreffende geval toepasselijk is.²⁵⁶ Uit de bewoordingen van zijn arrest (“zodat [eiser] niet kan worden gevolgd in zijn stelling dat”) blijkt dat het hof echter van de hoofdregel van artikel 150 Rv is uitgegaan. Daarmee werd mijns inziens opnieuw de vraag opgeworpen of de feitenrechter ook *impliciet* van toepassing van de omkeringsregel af mag zien.²⁵⁷ Zoals gezegd lijkt mij dat onverenigbaar

254. R.o. 2.6, kenbaar uit de Conclusie OM onder 1.9.

255. Conclusie OM onder 3.12.

256. Dat lijkt althans te volgen uit hetgeen zij aanvoert in haar Conclusie onder 3.8.

257. Althans lijkt mij dat deze vraag door het middel (indirect) aan de orde werd gesteld indien men, zoals de A-G, daarin een beroep op de omkeringsregel leest.

met het karakter van de omkeringsregel als *regel*.²⁵⁸ Ook hier had verwerping van het cassatiemiddel onder verbetering van de gronden van de beslissing van het hof meer in de rede gelegen. Het lijkt immers hoogst aannemelijk dat de beslissing van het hof niet anders zou zijn uitgevallen wanneer het van de omgekeerde bewijslastverdeling was uitgegaan.

Overigens is het naar mijn mening bij de beoordeling van de causaliteitsvraag op basis van rapportage door deskundigen niet altijd vereist dat de rechter zich over de verdeling van de bewijslast uitlaat. Het staat de rechter natuurlijk volledig vrij om dat te doen, en om dan op basis van het deskundigenbericht te oordelen of al dan niet aan de bewijsopdracht is voldaan. Maar er lijkt mij niets op tegen wanneer hij de kwestie van de bewijslast haast in letterlijke zin ‘in het midden’ laat,²⁵⁹ en zich refereert aan de rapportage van de deskundigen als objectieve buitenstaanders. Daarvoor is uiteraard wél vereist dat deze rapportage naar het oordeel van de rechter voldoende uitsluitsel biedt, anders komt alsnog aan de orde wie het risico van het aldus ontstane ‘non liquet’ heeft te dragen.

De motivering door de Hoge Raad door de enkele verwijzing naar de Conclusie van de A-G, stelt opnieuw teleur, en doet afvragen of de Hoge Raad zich wel voldoende bewust is van de vragen die de status van de omkeringsregel als vaste ‘regel’ bij dit soort kwesties oproept, en/of van het belang van de beantwoording daarvan.

258. Zie eerder § 7.2.

259. Zie kritisch over deze kwestie (in algemene zin) Visser, TCR 2002, p. 20 l.k. Zijn bezwaar – dat advocaten er belang bij hebben om reeds in het interlocutoir te kunnen lezen hoe de bewijslast is verdeeld – ziet echter op bewijslevering door getuigen. Naar mijn mening komt aan dit bezwaar bij bewijslevering door deskundigen veel minder gewicht toe.

8 Een eerste aanzet tot nadere afbakening: het Oude Monnink Motors-arrest

8.1 FEITEN EN VERWEER

In januari 2001 geeft de Hoge Raad in het arrest Ter Hofte/Oude Monnink²⁶⁰ voor het eerst een duidelijk signaal dat ook binnen het terrein van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of wanprestatie bepaalde grenzen gelden voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel. Het arrest betreft een verkeersongeval. Motorrijder Ter Hofte komt tijdens een toertocht in Duitsland in een flauwe bocht naar links ten val. Daarbij loopt hij zodanig letsel op dat hij zijn beroep als fysiotherapeut niet meer kan uitoefenen. Aanzienlijke inkomensschade is het gevolg. Ter Hofte stelt dat hij is gevallen door olie die tijdens het rijden is gaan lekken uit een oliekoeler die Oude Monnink Motors BV niet goed heeft laten repareren. Die olie heeft de grip van zijn achterwiel zo verminderd dat hij is gaan slippen en ten val is gekomen, aldus Ter Hofte. Oude Monnink betwist de door Ter Hofte gestelde gang van zaken op alle onderdelen, behalve de val. Uit niets zou blijken dat Ter Hofte was geslipt en evenmin dat uit de koeler afkomstige olie met het loopvlak van de achterband in aanraking is gekomen, laat staan in een zodanige hoeveelheid dat daardoor slipgevaar ontstond, aldus Oude Monnink.

De rechtbank wijst de vordering toe, maar in hoger beroep wijst het hof haar af. Het hof acht het niet bewezen dat tijdens de toertocht een dusdanige hoeveelheid olie op het loopvlak van de achterband is terechtgekomen dat daardoor het ongeval is veroorzaakt.

In cassatie beroept Ter Hofte zich op de omkeringsregel. Het middel neemt daarbij het zekere voor het onzekere, en bezigt zowel de algemene formulering die stamt uit Dicky Trading II (de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule), de traditionele ‘ongevallenformulering’ uit de rechtspraak over verkeers- en arbeidsongevallen (‘indien het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt’),²⁶¹ alsook een zelfgemaakte formulering die zich toespitst op de schending van ‘een veiligheidsnorm’.

8.2 DE CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL BAKELS

In zijn Conclusie maakt Advocaat-generaal Bakels een uitvoerige analyse van de recente rechtspraak over de omkeringsregel. Hij concludeert dat voor de toepasselijkheid daarvan bepaalde grenzen hebben te gelden. Het gaat daarbij niet om

260. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV.

261. Zie het citaat uit Gouda/Lutz in § 5.2 bij voetnoot 171.

harde criteria maar om “vloeiende overgangen”. Om deze begrenzing te bereiken stelt hij het volgende systeem voor:

“(a) Indien een gedraging of een nalaten dat onrechtmatig is of wanprestatie oplevert, het gevaar voor het ontstaan van schade verhoogt en dit gevaar zich verwezenlijkt, dient tot uitgangspunt dat tussen die normschending en de schade causaal verband (csqn-verband en toerekeningsverband) bestaat. Het ligt op de weg van de aangesprokene te stellen en zo nodig te bewijzen dat de schade ook zou zijn geleden zonder zijn onrechtmatige daad of wanprestatie dan wel dat zij is veroorzaakt door de benadeelde zelf of door een derde.

(b) Voorzover een verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden, geldt de vorenstaande regel ten aanzien van elk handelen of nalaten waardoor het gevaar voor ongevallen in het algemeen wordt vergroot. Als de geschonden norm niet deze strekking heeft, geldt de regel indien de geschonden norm strekt ter voorkoming van schade aan het geschonden belang. Aangenomen moet worden dat dit verschil in formulering in het eerste geval een ruimere toerekening rechtvaardigt dan in het laatste.

(c) De regel geldt voorts slechts als vaststaat – of misschien ruimer: als voldoende aannemelijk is – dat daadwerkelijk schade is geleden van een soort waartegen de geschonden norm bescherming biedt.

(d) De regel geldt niet als die schade in te ver verwijderd verband staat met de geschonden norm en/of daarvan een te uitzonderlijk gevolg is. Maar wanneer sprake is van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, mag minder snel worden aangenomen dat voor het maken van zo’n uitzondering aanleiding is, dan wanneer het gaat om schending van een norm van andere aard.”²⁶²

Zijn Conclusie strekt niettemin tot cassatie omdat hij de omkeringsregel hier van toepassing acht:

“Uit alle deskundigenrapporten blijkt dat het lekken van olie het gevaar verhoogt dat de bestuurder van de desbetreffende motor zal slippen en ten val zal komen (al zijn de deskundigen het niet eens over de hoeveelheid olie die op de achterband moet belanden, wil het risico voor een slip een reëel gevaar worden). Van algemene bekendheid is dat door het slippen van een motor het gevaar voor het ontstaan van schade wordt verhoogd. Vaststaat bovendien dat Ter Hofte met zijn motor ten val is gekomen en dat daardoor schade is ontstaan, terwijl de oorzaak van die val onduidelijk is gebleven. Onder deze omstandigheden brengt de omkeringsregel mijns inziens mee dat tot op tegenbewijs aangenomen moet worden dat tussen de wanprestatie van Oude Monnik en de schade van Ter Hofte causaal verband bestaat.”

8.3 DE BESLISSING VAN DE HOGE RAAD

De Hoge Raad volgt zijn Advocaat-generaal niet en verwerpt het cassatieberoep:

“Het onderdeel ziet eraan voorbij dat in het onderhavige geval niet alleen in geschil was of de aan Oude Monnik verweten wanprestatie een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven heeft geroepen, maar ook of, in het bevestigende geval, dit risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Oude Monnik betwistte immers dat als gevolg van de gebrekkige reparatie uit de koeler een zodanige hoeveelheid olie met het

262. Conclusie OM, nr. 2.17.

loopvlak van de achterband in aanraking is gekomen dat daardoor het risico in het leven is geroepen dat Ter Hofte met zijn motor zou slippen, en tevens dat hij bij het ongeval inderdaad is geslipt en het risico zich dus heeft verwezenlijkt. Door onder deze omstandigheden te oordelen dat Ter Hofte diende te bewijzen dat de lekkende oliekoeler heeft geleid tot het ongeval, voor welk bewijs gegeven de hiervoor in 3.6. vermelde regel [bedoeld wordt: de algemene omkeringsregel, AJA] zou volstaan dat zowel het in het leven roepen van het slipgevaar als het slippen aannemelijk wordt gemaakt, heeft het Hof deze regel dan ook niet miskend.”²⁶³

De Hoge Raad gooit het dus over een andere boeg dan de A-G, en leest in het arrest van het hof een beperkte opvatting van de toepasselijkheid van de omkeringsregel. Die bestaat hieruit dat tot tweemaal toe een beperkte invulling wordt gegeven aan het begrip ‘risico’ zoals dat in de formule van de omkeringsregel voorkomt. Zowel het in het leven geroepen risico (‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’) als het risico dat zich heeft verwezenlijkt (‘dit risico’), wordt beperkt opgevat. Het eerste risico wordt gespecificeerd tot ‘slipgevaar’ en het tweede tot ‘slippen’.²⁶⁴ Daardoor kon van het eerste risico worden gezegd dat niet vaststond dat het in het leven was geroepen (want volgens Oude Monnink was daarvoor niet genoeg olie met het loopvlak van de achterband in aanraking gekomen), en van het tweede risico dat niet vaststond dat het zich had verwezenlijkt (want volgens Oude Monnink was Ter Hofte niet geslipt maar door een stuurfout ten val gekomen). Alleen als Ter Hofte zowel ‘het in het leven roepen van slipgevaar’ als ‘het slippen’ aannemelijk zou hebben gemaakt, zou de omkeringsregel van toepassing zijn geweest, aldus de Hoge Raad.

8.4 REACTIES IN DE LITERATUUR

Het arrest is nogal kritisch ontvangen. Het is weliswaar verwelkomd als een signaal dat ook de Hoge Raad de reikwijdte van de omkeringsregel wil inperken, maar heeft toch vooral veel vragen opgeroepen. Verschillende schrijvers wijzen erop dat kennelijk alles afhangt van de wijze waarop het begrip ‘risico’ wordt ingevuld,²⁶⁵ dat de omkeringsregel in eerdere arresten is toegepast zonder dat dit risico nader werd gespecificeerd,²⁶⁶ en dat de vraag is hoe Oude Monnink Motors met eerdere jurisprudentie moet worden verenigd.²⁶⁷ Boonekamp²⁶⁸ en Giesen²⁶⁹ betwijfelen of de omkeringsregel, op deze wijze begrepen, nog veel betekenis

263. R.o. 3.7.

264. Evenzo Klomp, NbbW 2001, p. 27 r.k. Aarzeland over deze uitleg: Vranken, noot bij Oude Monnink onder 13.

265. Klomp, NbbW 2001, p. 28 l.k.; Beenders, NTBR 2001, p. 281 r.k.; Kaandorp, AA 2001, p. 843; Mölenberg, NTBR 2001, p. 249 r.k. Evenzo Du Perron, Lezing NSC.

266. Hartlief, AA 2001, p. 458 r.k.; Hartlief & Tjittes, NJB 2001, p. 1468 r.k. Evenzo Du Perron, Lezing NSC.

267. Giesen, AV&S 2001. Hij wijst met name op het arrest Cijssouw/De Schelde I (HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS). Zie voorts Kaandorp, AA 2001, p. 843-844. Het probleem is ook uitvoerig besproken door Du Perron, Lezing NSC.

268. Boonekamp, TCR 2001, p. 45.

269. Giesen, AV&S 2001.

heeft. De hier gegeven concretisering van het risico lijkt er bijna op neer te komen dat eiser ‘gewoon’ het causaal verband moet bewijzen, zij het dat lichtere eisen aan dat bewijs worden gesteld omdat hij slechts ‘aannemelijk’ hoeft te maken. Vranken vraagt zich zelfs hardop af of het niet beter is de omkeringsregel “te schrappen”.²⁷⁰

8.5 DE BETEKENIS VAN HET ARREST: DE LETTERLIJKE BEWOORDINGEN VAN DE OMKERINGSREGEL ZIJN INDERDAAD NIET BESLISSEND VOOR ZIJN TOEPASSELIJKHEID

Oude Monnick Motors is zonder twijfel een mijlpaal in de reeks van arresten die over de algemene omkeringsregel werden gewezen. Het arrest maakt duidelijk dat voor de toepasselijkheid van die regel niet voldoende is dat *enige* schade is ontstaan die mogelijk door de wanprestatie of onrechtmatige daad van de gedaagde werd veroorzaakt. In casu wordt een nauwer verband geëist tussen het in het leven geroepen gevaar en de gestelde schade dan de bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule suggereren. Zoals wij in hoofdstuk 13 zullen zien, meen ik dat in dit nauwe verband de crux van de omkeringsregel is gelegen.

De vrees van velen dat de omkeringsregel tot te vergaande resultaten leidt is gebaseerd op de omstandigheid dat een wanprestatie of onrechtmatige daad bijna altijd wel ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’ in het leven roept. Dat was ook hier het geval: het niet goed (laten) repareren van de oliekoeler van een motorfiets roept een risico op schade in het leven dat zich op verschillende manieren kan verwezenlijken. De meest voor de hand liggende wijze lijkt mij nog dat de eigenaar de motor niet kan gebruiken gedurende de tijd dat de oliekoeler opnieuw moet worden gerepareerd of vervangen, en daardoor schade lijdt, bijvoorbeeld de huurkosten van een vervangende motorfiets. Ook goed denkbaar is dat de motor wegens gebrekkige smering oververhit raakt en beschadigd raakt of vastloopt. Maar ook het gevolg dat hier werd gesteld, het ten val komen van de berijder met zijn motor, is een gevaar waarvan men kan zeggen dat de betreffende wanprestatie dat heeft verhoogd.

Toch oordeelt de Hoge Raad dat de omkeringsregel hier niet van toepassing is. Dit ondanks dat men de bewoordingen van de omkeringsregel zo kan opvatten dat die toepasselijkheid daar wel degelijk uit volgt, zoals A-G Bakels ook deed.²⁷¹ Het arrest bevestigt de conclusie waartoe ik in § 4.5 reeds kwam, namelijk dat de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel niet beslissend kunnen zijn voor zijn toepasselijkheid.

Voorts valt op dat de Hoge Raad niet de ‘oude’ ongevalformulering toepast die spreekt van ‘het gevaar voor ongevallen’, maar de ‘nieuwe’ algemene formulering die spreekt van ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’, ondanks dat het hier ging om een verkeersongeval. Dat roept een aantal vragen op, waaronder de vraag of tussen de ‘oude’ en de ‘nieuwe’ omkeringsregel inhoudelijke verschillen bestaan. Ik bespreek deze vragen in het volgende hoofdstuk.

270. Vranken, noot bij Oude Monnick, onder 5 en aan het slot.

271. Evenals Klomp, NbBW 2001, p. 27 r.k.; Vranken, noot bij Oude Monnick, nr. 4.

8.6 EIGEN WAARDERING VAN HET RESULTAAT IN HET CONCRETE GEVAL

Met het resultaat in het concrete geval kan worden ingestemd. Anders dan gevolgschade wegens een nieuwe reparatie of door oververhitting, is het ten val komen van de berijder niet zonder meer het typische gevolg van het ondeugdelijk repareren van een oliekoeler. Wanneer een motorrijder in een flauwe bocht ten val komt, kan men ook niet zeggen dat de enkele omstandigheid dat zijn oliekoeler lekte, aanleiding geeft tot het feitelijke vermoeden dat de val door die lekkende oliekoeler werd veroorzaakt. Dat hangt inderdaad van de hoeveelheid op de band gelekte olie af, en het hof had geoordeeld dat dat “heel weinig” was geweest.

Normatieve gronden van voldoende gewicht om de omkeringsregel hier toch toe te passen zijn er mijns inziens niet. Het gaat om een norm (‘gij zult de reparatie van een oliekoeler deugdelijk verrichten’) die een heel andere strekking heeft dan de bescherming tegen specifiek het soort gevaar dat zich hier heeft verwezenlijkt (het ten val komen met een motorfiets). Men zou hooguit kunnen aanvoeren dat deze norm *tevens* strekt ter bescherming tegen dat soort gevaren, maar voor dat argument geldt hetzelfde als ik opmerkte in mijn bespreking van Beurskens/Notarissen:²⁷² dat is een veralgemenisering waarmee men bij het zoeken naar het toepassingsgebied van de omkeringsregel terughoudend moet zijn omdat zij alle grenzen kan doen vervagen. Ook geeft deze norm niet typisch aanleiding tot een bewijsvacuüm en heeft zij in het algemeen geen bewijslastomkering nodig om effectief te zijn. Ik neem aan dat Oude Monnink Motors voor haar aansprakelijkheid verzekerd was, maar zoals gezegd kan dit gezichtspunt bij causaliteitsonzekerheid naar mijn mening niet snel doorslaggevend zijn omdat dat tot te vergaande resultaten zou voeren.²⁷³

8.7 DE MOTIVERING DOOR DE HOGE RAAD: GEEN INHOUDELIJKE ONDERBOUWING

Het arrest illustreert dat het ‘nuttig effect’ van de omkeringsregel voor de eiser, de mate van onzekerheid over de werkelijke causale gang van zaken die met behulp van de omkeringsregel kan worden overbrugd, wordt bepaald door de wijze waarop het in het leven geroepen ‘risico ter zake van het ontstaan van schade’ wordt opgevat: algemeen dan wel meer specifiek. In casu geeft de Hoge Raad een zodanig specifieke invulling aan dit risico dat het nuttig effect van de omkeringsregel voor Ter Hofte heel beperkt is. Als Ter Hofte aannemelijk moet maken dat voldoende olie op zijn achterband is gelekt om het gevaar voor slippen in het leven te roepen, en daarnaast dat hij geslipt is (ik neem aan dat de Hoge Raad bedoelt: geslipt door een andere oorzaak dan een stuurfout, want ook als gevolg van een stuurfout kan men slippen), krijgt hij bijna de volledige bewijslast van het causaal verband toebedeeld. Klomp wijst erop dat alleen nog maar de mogelijkheid van slippen door andere oorzaken, zoals een bananenschil of een plas olie op de weg, voor risico van Oude Monnink wordt gebracht.²⁷⁴ Deze mogelijk-

272. Zie § 4.6.

273. Zie in § 6.6 de tekst bij voetnoot 214.

274. Klomp, NbBW 2001, p. 27 r.k.

heden zijn zodanig vergezocht, dat Ter Hofte de omkeringsregel waarschijnlijk niet meer nodig zou hebben. In de door de Hoge Raad bedoelde omstandigheden zou ook op basis van een ‘gewoon’ feitelijk vermoeden het bestaan van causaal verband kunnen worden aangenomen.²⁷⁵

Daarmee komen wij materieel gezien bij de kern van de zaak. Wat men de bewoordingen van de algemene omkeringsregel hier naar de letter op, dan zou de omkeringsregel toepasselijk zijn ondanks dat onvoldoende grond bestaat voor een feitelijk vermoeden van het bestaan van causaal verband, terwijl ook geen normatieve gronden lijken te bestaan die bewijslastomkering zouden kunnen rechtvaardigen. Wat men die bewoordingen meer beperkt op, zoals de Hoge Raad deed, dan is de omkeringsregel alleen toepasselijk wanneer een feitelijk vermoeden dat wél kan rechtvaardigen, en een veel nauwer verband bestaat tussen gevaarstelling en schade-evenement. Daarmee stelt de Hoge Raad per saldo juist die voorwaarden, waarin naar mijn mening de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel is gelegen.²⁷⁶ In zoverre ben ik het met de beslissing van harte eens.

De Hoge Raad heeft zijn beslissing echter niet inhoudelijk toegelicht. Hij deelt slechts mee dat onder ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’ moet worden verstaan ‘slipgevaar’, en onder het ‘risico dat zich vervolgens verwezenlijkt’ ‘slippen’. De Hoge Raad presenteert dit als iets vanzelfsprekends, maar dat is het niet. Zoals gezegd kan men de bewoordingen van de omkeringsregel ook zo opvatten dat zijn toepasselijkheid daar wel degelijk uit volgt, zoals de A-G ook deed. Ook Klomp²⁷⁷ en Vranken²⁷⁸ menen dat de omkeringsregel had moeten worden toegepast. Men kan wel een bepaalde inhoudelijke rechtvaardiging voor de beslissing van de Hoge Raad ‘inlezen’ (zoals ik zojuist heb proberen te doen), maar het arrest zelf zwijgt hierover. Hierin schuilt de tekortkoming van het arrest. Ik werk dat uit in de volgende paragraaf.

Eerst merk ik nog op dat ook in Oude Monnink Motors überhaupt een nadere uitleg uitblijft over de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel als zodanig. In zijn Conclusie voor het arrest houdt A-G Bakels het erop dat de achtergrond van de omkeringsregel is:

“dat waar de reële mogelijkheid bestaat dat causaal verband tussen de normschending en de schade aanwezig is, de aard van de geschonden norm meebrengt dat de toch nog resterende onzekerheid over die causaliteit naar redelijkheid voor risico dient te komen van degenen die de desbetreffende norm overtrad.”²⁷⁹

Hieruit maak ik op dat Bakels meent dat voor de omkeringsregel een tweeledige rechtvaardiging bestaat. Voorwaarde is de ‘reële mogelijkheid’ van causaal verband, de doorslag geven normatieve gronden die voortvloeien uit ‘de aard van de

275. Vgl. Vranken, noot bij Oude Monnink, onder 13.

276. Zie hoofdstuk 13.

277. Klomp, NdBW 2001, p. 27 r.k.

278. Vranken, noot bij Oude Monnink, nr. 4.

279. Conclusie OM, nr. 2.6.

norm'.²⁸⁰ Hij licht echter niet verder toe wat die normatieve gronden zijn, waarom zij uit 'de aard van de norm' voortvloeien, noch uit welke normen zij in welke mate voortvloeien. De Hoge Raad gaat op deze kwestie in het geheel niet in.

8.8 EEN ZUIVER SEMANTISCHE INPERKING BIEDT GEEN ENKEL HOUVAST

De wijze waarop de Hoge Raad zijn inperking van de omkeringsregel heeft gemotiveerd, schept een probleem dat het belang van dit ene arrest ruim overstijgt. Zoals gezegd baseert de Hoge Raad de niet-toepasselijkheid van de omkeringsregel niet (expliciet) op inhoudelijke overwegingen, maar uitsluitend op een bepaalde nadere invulling van de bewoordingen van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule. Vranken spreekt in dit verband van '*Smalspurjurisprudenz*'.²⁸¹ Het grootste probleem van deze semantische benadering is dat deze geen enkel houvast biedt voor toekomstige gevallen. In deze benadering hangt de toepasselijkheid van de omkeringsregel volledig af van de wijze waarop beide begrippen 'risico' worden ingevuld, en dat is als zodanig zuiver een kwestie van omschrijving. Naar mate men het betreffende risico specifiekere formuleert, krijgt de omkeringsregel minder inhoud. Het ene geval zal zich meer voor een specifiekere omschrijving lenen dan het andere, maar in beginsel kan men in elke concrete casus deze begrippen naar believen zo specifiek, of juist zo algemeen, invullen dat de omkeringsregel niet, of juist wel, van toepassing is. In het ene geval zijn daar alleen wat meer woorden voor nodig dan in het andere.

In § 6.7 illustreerde ik dit reeds met betrekking tot de casus van het Sint-Willibrord-arrest. In dat geval kan men met goede grond zeggen dat het risico dat de verpleegkundigen in het leven riepen, niet het risico was dat de patiënt voor zichzelf en anderen opleverde, maar het risico dat zij de patiënt *ten onrechte* lieten gaan, met het aan zijn toestand inherente gevaar voor hemzelf en derden van dien.²⁸² En of dát risico zich had verwezenlijkt, was niet vast komen te staan, en was door Sint-Willibrord niet minder bestreden dan dat Oude Monnink bestreden had dat het risico van slippen zich had verwezenlijkt. In de casus van Windmill/Roelofsen kan men zeggen dat het risico dat Windmill in het leven riep, niet het risico was dat iemand van de trap zou vallen, maar het risico dat iemand van de trap zou vallen *omdat daaraan een leuning ontbrak*. Of dát risico zich had verwezenlijkt, was niet komen vast te staan. En in Dicky Trading II kan men het door de notaris in het leven geroepen risico omschrijven als het risico dat Franken de transactie met Wille zou aangaan *omdat hij op de risico's daarvan niet was gewezen*, met eveneens tot gevolg dat niet vast was komen te staan dat dát risico zich had verwezenlijkt. Kaandorp merkt in dit verband terecht op: "met

280. Anders: Hartlief, AA 2001, p. 455 en voetnoot 12, die, als ik hem goed begrijp, in deze uitleg leest dat het om een feitelijk vermoeden zou gaan.

281. Vranken, noot bij Oude Monnink, onder 13. Overigens aarzelt Vranken hoe het arrest op dit punt precies moet worden uitgelegd, en daarmee of de bedoelde kwalificatie wel van toepassing is.

282. Hierop wijst ook Kaandorp, AA 2001, p. 844 l.k.

enige creativiteit is het belangrijkste causale element altijd in de formulering van 'het risico' te brengen.²⁸³

Wie de gegeven voorbeelden gekunsteld of vergezocht vindt, moet bedenken dat zonder nadere inhoudelijke redengeving niet valt in te zien waarom in Oude Monnick Motors de formule van omkeringsregel *wel* beperkter moet worden ingevuld dan haar algemene bewoordingen suggereren, en waarom dat in andere gevallen *niet* zou kunnen.

8.9 HET GEVOLG: AANHOUDENDE RECHTSONZEKERHEID EN WOORDENSTRIJD

De wijze waarop de Hoge Raad zijn inperking van de omkeringsregel in het Oude Monnick Motors-arrest heeft gemotiveerd, heeft dus niet of nauwelijks voorspellende waarde voor toekomstige gevallen. Meer dan de algemene indicatie dat de omkeringsregel niet te ruim moet worden opgevat, kan er niet uit worden afgeleid. De rechtsonzekerheid die in de praktijk op dit punt heerst, is door het arrest dan ook niet verminderd. Wel is het zwaartepunt daarvan anders komen te liggen. Bestond die onzekerheid aanvankelijk vooral over de vraag of de omkeringsregel nu inderdaad algemeen toepasselijk is of niet, nu gaat het over de vraag wat de inhoud en de reikwijdte van die algemene omkeringsregel precies zijn. Als gevolg hiervan is de woordenstrijd, zoals die in de praktijk al geruime tijd woedt over de toepasselijkheid van de omkeringsregel, er zeker niet minder op geworden.

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 4 geven de ruime bewoordingen van de omkeringsregel, en de uitwisselbaarheid van schade en causaliteit, alle ruimte voor een toenemende woordenstrijd doordat benadeelden naar de toepasselijkheid van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule toe zijn gaan formuleren. Voor gedaagden houdt de beslissing in Oude Monnick Motors een aanmoediging in om in hun verdediging een zo groot mogelijke onderverdeling in specifieke risico's aan te brengen.²⁸⁴ Hoe specifiek het risico, hoe groter de kans dat de rechter zal oordelen dat de eiser er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat juist *dat* risico in het leven is geroepen, respectievelijk zich heeft verwezenlijkt.²⁸⁵ Voor benadeelden is het juist zaak om het risico zo algemeen mogelijk te formuleren.

De positie van de rechter die de knoop moet doorhakken, is tot dusver weinig benijdenswaardig. Naar mijn mening behoort hij dat te kunnen doen op ter zake doende inhoudelijke gronden. Die zijn nog steeds niet (expliciet) door de Hoge Raad aangereikt. In dat opzicht zal de Hoge Raad pas een stap in de goede richting zetten in de in hoofdstuk 11 te bespreken informed consent-arresten. Mijn eigen opvattingen hierover zal ik uitwerken in de hoofdstukken 13 en 14. Maar eerst ga ik in op de vraag of een inhoudelijk verschil bestaat tussen de 'oude' en de 'nieuwe' omkeringsregel.

283. Kaandorp, TVP 2002, p. 23 r.k.

284. Zie Kaandorp, AA 2001, p. 843 en Klomp, NbBW 2001, p. 27.

285. Zie in dit verband § 14.7.

9 Inhoudelijk verschil tussen de ongevallen- en de algemene omkeringsregel?

9.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk constateerde ik dat de Hoge Raad in het Oude Monnick Motors-arrest niet de ‘oude’ ongevallenformulering toepast, die spreekt van ‘het gevaar voor ongevallen’, maar de ‘nieuwe’, algemene formulering, die spreekt van ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’. Dit ondanks dat het in casu ging om een verkeersongeval. Betekent dit nu dat de ‘nieuwe’ omkeringsregel de ‘oude’ heeft vervangen, of moet de niet-toepasselijkheid van de ‘ongevallenregel’ worden verklaard doordat de Hoge Raad – in navolging van A-G Bakels²⁸⁶ – van mening was dat geen sprake was van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm?

In het verlengde hiervan speelt de vraag in hoeverre tussen de ‘oude’ en de ‘nieuwe’ omkeringsregel inhoudelijke verschillen bestaan. Op het eerste gezicht lijkt daarvan zeker sprake te zijn. De oorspronkelijke ongevallenregel knoopt immers aan bij de vergroting van ‘het gevaar voor ongevallen’ en lijkt steeds van toepassing te zijn wanneer dat gevaar zich in de vorm van ‘een ongeval’ verwezenlijkt. De nieuwe algemene omkeringsregel knoopt echter aan bij het begrip ‘risico’ en kan, zo blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad in het Oude Monnick Motors-arrest, toepasselijkheid missen ondanks dat een bepaald gevaar voor ongevallen in het leven wordt geroepen, en zich inderdaad een ongeval voordoet.

Kaandorp meent op grond hiervan dat gesproken moet worden van twee verschillende omkeringsregels.²⁸⁷ A-G Bakels spreekt in zijn Conclusie voor het Oude Monnick Motors-arrest weliswaar van één “Dicky Trading-regel” van algemene aard, maar wil wel een verschil in formulering handhaven naargelang een verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden of niet, welk verschil tot uitdrukking zou brengen dat in het eerste geval een ruimere toepassing²⁸⁸ is gerechtvaardigd dan in het tweede.²⁸⁹

Tussen beide kwesties bestaat een nauwe samenhang. Of de nieuwe omkeringsregel de oude heeft ‘vervangen’, is praktisch gesproken alleen van belang wanneer men ervan uitgaat dat tussen beide omkeringsregels een inhoudelijk

286. Conclusie OM bij Ter Hofte/Oude Monnick onder 3.3.

287. Kaandorp, AA 2001, met een conclusie in de bedoelde zin op p. 837 r.k., op basis van een analyse op p. 844-845.

288. Bakels spreekt hier van ‘toerekening’, maar uit de context van de betreffende passage blijkt duidelijk dat hij zowel het conditio sine qua non-verband als het toerekeningsverband op het oog heeft. Evenzo op de plaats waar hij zijn systeem samenvat (onder nr. 2.17). Ter vermijding van misverstanden lijkt het mij beter om te spreken van ‘toepassing’.

289. Conclusie OM bij Ter Hofte/Oude Monnick onder 2.17 (b).

verschil bestaat. Daarom zal ik deze tweede kwestie eerst bespreken. Al doende kom ik ‘vanzelf’ aan beantwoording van de eerste kwestie toe (in § 9.6).

9.2 DE OMKERINGSREGEL BIJ WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID: EEN GEVAL APART

Ik stel voorop dat mijns inziens aan de ‘omkeringsregel’ bij werkgeversaansprakelijkheid een aparte status moet worden toegekend. De oorspronkelijke jurisprudentie over de omkering van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid is gecodificeerd in artikel 7:658 lid 2 BW. Zoals aangegeven in § 2.3 heeft de omkeringsregel op dit terrein naar mijn mening een zodanig specifieke inhoud gekregen, die mede vanuit de sociaal-economische kleur van het arbeidsrecht moet worden begrepen, dat het zonder meer beter is om hier van een aparte regel te spreken (namelijk de *geschreven* bewijsregel van artikel 7:658 lid 2), waarvan de inhoud zelfstandig moet worden geanalyseerd. Zo hoeft de werknemer bij arbeidsongevallen de exacte toedracht van het ongeval niet te bewijzen.²⁹⁰ In het arrest Fransen/Pasteurziekenhuis²⁹¹ bijvoorbeeld, hoefde een verpleegster niet te bewijzen dat zij ten val was gekomen door een op de grond gevallen injectienaald, de mogelijkheid daarvan was voldoende om de bal van het tegenbewijs bij het ziekenhuis te doen belanden.²⁹² Kaandorp constateert terecht dat dit een opvallend contrast oplevert met het Oude Monnik Motors-arrest, waar voor de toepasselijkheid van de algemene omkeringsregel een vergaand bewijs van de toedracht van het ongeval werd vereist (Ter Hofte moest immers bewijzen dat hij door *slippen*, en niet op andere wijze, ten val was gekomen).²⁹³ Die tegemoetkoming aan de werknemer hangt echter samen met de bewijslastomkering ten aanzien van de tekortkoming die eveneens in artikel 7:658 lid 2 is vervat, en met het voldaan zijn aan het vereiste dat de schade in elk geval ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’ is geleden.²⁹⁴ Dat de benadeelde, zoals Kaandorp het formuleert, “de toedracht van het ongeval als het ware cadeau krijgt”,²⁹⁵ is specifiek voor artikel 7:658 en niet voor de ongevallenformulering als zodanig. Zoals we in het vervolg van dit hoofdstuk zullen

290. Zie HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink); HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis); HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377 (Bloemsma/Hattuma).

291. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS.

292. Zoals het stelsel van artikel 6:758 meebrengt, kan dit tegenbewijs behalve op het causaal verband ook betrekking hebben op de gestelde tekortkoming en op eventuele opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Ook aan de strekking van dit tegenbewijs kan men zien dat hier sprake is van een ‘omkeringsregel’ van geheel eigen aard.

293. Kaandorp, AA 2001, p. 844 r.k.

294. Zie C.J.M. Klaassen, Werkgeversaansprakelijkheid, bewijslastverdeling, noot bij HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377 (Bloemsma/Hattuma) en HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476 m.nt. PAS (Industromontaza/Banfic), AV&S 2001, p. 158-162 (op p. 160-161 onder 2). Zie over de bewijslastverdeling in het systeem van artikel 7:658 voorts L. Bier, De kunst van het zoeken, VR 2001, p. 133-139; R. van de Water, Bewijslastverdeling bij beroepsziekten, *ArbeidsRecht* 2001, p. 13-17; D.M. Thierry, Verdeling van stelplicht en bewijslast bij bedrijfsongevallen, *JAR Verklaard* 2001, p. 8-13.

295. Kaandorp, AA 2001, p. 839 l.k. en 844 r.k.

zien, is bij verkeersongevallen van een dergelijke tegemoetkoming geen sprake.²⁹⁶

In mijn opvatting moet de bewijslastomkering van artikel 7:658 dus als een geval apart worden beschouwd.²⁹⁷ Men zou daarom kunnen zeggen dat alvast van *twee* verschillende omkeringsregels sprake is. Zelf meen ik echter dat het helderder is om het begrip ‘omkeringsregel’ – in elk geval voor de toekomst – zo veel mogelijk te reserveren voor de *ongeschreven* rechtsregel die uitsluitend is gebaseerd op de rechtspraak van de Hoge Raad. Hoe dat ook zij, in het navolgende zal ik mij tot die ongeschreven regel (of regels) beperken.

9.3 IS DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE ‘ONGEVALLENFORMULERING’ RUIMER DAN DIE VAN DE ‘ALGEMENE’ FORMULERING?

In de formulering van de ongevallenregel door de Hoge Raad heeft zich in de loop der jaren een bepaalde ontwikkeling voorgedaan,²⁹⁸ maar reeds geruime tijd komt zij in essentie op het volgende neer:

“Indien een gedraging onrechtmatig is omdat daardoor het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven; het is dan aan de overtreder om te stellen en bewijzen dat het ongeval ook zonder die gedraging zou zijn voorgevallen.”²⁹⁹

De ongevallenregel spreekt dus van het vergroten van ‘het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen’ in plaats van het in het leven roepen van ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’, respectievelijk van het zich verwezenlijken van ‘dit gevaar in de vorm van een ongeval’ in plaats van ‘dit risico’. Het mogelijke verschil in werking tussen beide formuleringen laat zich illustreren aan de hand van de casus van het Oude Monnick Motors-arrest. Stel dat daar wél had vastgestaan dat voldoende olie op de achterband van Ter Hofte was gelekt om gevaar voor slippen in het leven te roepen. Dan lijkt de ongevallenformulering – waarop het middel eveneens een beroep deed – qua formulering althans toepasselijk. Dan zou immers door de wanprestatie van Oude Monnick ‘het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen’ zijn vergroot, en zou dat ‘gevaar zich in de vorm van een ongeval’ hebben verwezenlijkt.³⁰⁰ De algemene omkeringsregel echter,

296. Kaandorp baseert zijn tegenovergestelde opvatting op het arrest Gouda/Lutz (Kaandorp, AA 2001, p. 842 r.k.), maar daaruit kan een dergelijke conclusie naar mijn mening niet worden getrokken. Zie mijn bespreking van Gouda/Lutz in § 5.2.

297. De inhoudelijke noodzaak voor dit onderscheid is dat bij artikel 7:658 de bewijslast al op het bord van de werkgever kan komen vóórdat is komen vast te staan dat een norm werd geschonden die specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen juist het risico dat zich in casu heeft verwezenlijkt, hetgeen de kern is van de inhoudelijke rechtvaardiging van de ongeschreven omkeringsregel (zie hoofdstuk 13).

298. Zie § 2.2 en § 2.4.

299. Vgl. het citaat uit het Rebecca Visser-arrest bij voetnoot 309. Voor een ietwat anders luidende weergave zie Kaandorp, AA 2001, p. 836.

300. Vgl. het citaat uit Gouda/Lutz in § 5.2 bij voetnoot 171.

zou in dezelfde hypothese (voldoende olie voor slipgevaar) qua formulering zoals ‘ingevuld’ door de Hoge Raad, nog immer *niet* toepasselijk zijn geweest. Daarvoor zou immers ook nog vereist zijn geweest dat Ter Hofte aannemelijk kon maken dat hij was geslipt.

De conclusie lijkt te moeten zijn dat de ‘oude’ en de ‘nieuwe’ omkeringsregel inhoudelijk van elkaar verschillen, in die zin dat bij de laatste een *nauwer verband* is vereist tussen het in het leven geroepen gevaar en het schade-evenement, dan bij de eerste. Dat nauwere verband wordt bereikt door de vereiste gevaarzetting meer concreet te formuleren (niet ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’ maar ‘slipgevaar’). Of wordt ook bij de ongevallenregel onder omstandigheden zo’n nauwer verband geëist? Om deze vraag te beantwoorden zal ik hierna de ‘traditionele’ jurisprudentie over verkeersongevallen van vóór het Oude Monink Motors-arrest nader onder de loep nemen.

9.4 DERTIG JAAR RECHTSPRAAK OVER DE OMKERINGSREGEL BIJ VERKEERSONGEVALLen: HOE NAUW MOET HET VERBAND TUSSEN GEVAARZETTING EN ONGEVAL ZIJN?

Een analyse op dit punt van de rechtspraak over verkeersongevallen levert het beeld op dat de vereiste gevaarzetting weliswaar vrij abstract wordt omschreven, maar dat in werkelijkheid bijna altijd een nauwer verband tussen gevaarzetting en ongeval bestaat dan deze omschrijving suggereert. In een aantal uitspraken is ook wel expliciet geoordeeld dat een nauwer verband is vereist.

In het arrest *De Brouwer/Van den Besselaar*³⁰¹ uit 1970 reed de gedaagde in zijn personenauto zeer langzaam naar een kruising met een voorrangsweg, daarmee de indruk wekkend dat hij voor het kruispunt zou stoppen, om vervolgens toch het kruisingsvlak op te rijden en pas met de neus van zijn auto een klein stukje boven de rijbaan van de voorrangsweg tot stilstand te komen. Een op de voorrangsweg rijdende truck met oplegger gaat remmen en slippen (het wegdek is nat), en rijdt drie kinderen aan die in de berm stonden te wachten om over te steken. De Hoge Raad oordeelde dat door het uiterst gevaarlijke en misleidende rijgedrag van gedaagde “het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen [wordt] vergroot” en nu dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, een nader onderzoek naar de graad van waarschijnlijkheid van het plaatsvinden van het ongeval achterwege kon blijven. De wijze van omschrijving van de gevaarzetting is dus abstract (‘het gevaar voor verkeersongevallen *in het algemeen*’), maar feitelijk is het verband tussen gevaarzetting en het schade-evenement zeer nauw te noemen: het in verwarring raken en gaan remmen van de bestuurder van de truck met oplegger is precies het typische gevolg van de manoeuvre van de gedaagde. Indien een meer concrete gevaarsomschrijving zou zijn gehanteerd, zou de uitkomst zeker niet anders zijn geweest.

In het arrest *Nicolaye/Grooten*³⁰² uit 1974 ging het om een aanrijding tussen twee tegenliggers op een smalle weg.³⁰³ De gedaagde was strafrechtelijk veroor-

301. HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 m.nt. GJS.

302. HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 m.nt. GJS.

303. De zaak gaat over eisers ontvankelijkheid, maar dat lijkt irrelevant.

deeld voor te hard rijden. De Hoge Raad overweegt dat het er niet om gaat of in *abstracto* het feit van een aanrijding gecombineerd met het feit van de strafrechtelijke veroordeling van de gedaagde wegens te snel rijden op zichzelf al het vereiste causaal verband tussen dat te snelle rijden en de aanrijding impliceert, maar of een dergelijke implicatie – behoudens tegenbewijs door gedaagde – gerechtvaardigd is als het gaat om het verband tussen het te snelle rijden van gedaagde en de aanrijding zoals deze *concreet* in het proces is komen vast te staan. Hier wordt dus expliciet een nauwer verband tussen gevaarstelling en schade-evenement vereist, dan de formulering ‘het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen’ als zodanig met zich meebrengt.

Ook in het arrest Schuurman/Hacre³⁰⁴ uit 1976 geeft de Hoge Raad aan dat de aansprakelijkheid van een door motorpech aan de linkerkant van de weg tot stilstand gekomen autobestuurder voor de schade van een bromfietser die frontaal tegen hem opreed, niet is gebaseerd op het enkele feit dat de automobilist, door zijn auto niet aan de rechterzijde van de rijbaan tot stilstand te brengen, de kans op een verkeersongeval als het onderhavige heeft vergroot, maar op het feit dat hij in verband met de *concrete* omstandigheden ter plaatse (duisternis en mist) de kans op een verkeersongeval als het onderhavige aanmerkelijk heeft vergroot.

In Expeditiebedrijf/Te Baerts³⁰⁵ uit 1977 ging het om een zandauto die een tweebaans-voorrangsweg op draait. Over die weg naderen, in dezelfde rijrichting als die de langzaam optrekkende zandauto neemt, een personenauto en ongeveer 75 meter daarachter een vrachtwagencombinatie. De personenauto remt en blijft achter de vrachtwagen rijden. De vrachtwagencombinatie remt ook, maar schaart en loopt daardoor schade op. De grondslag van de vordering is dat de manoeuvre van de zandauto op zo korte afstand werd uitgevoerd dat de vrachtwagencombinatie vol op de rem moest. Rechtbank en hof wijzen de vordering af omdat causaal verband niet is komen vast te staan. Het hof brengt tot uitdrukking dat niet voldoende is dat de zandauto met zijn manoeuvre in het algemeen enig gevaar voor op de voorrangsweg naderend verkeer zou hebben opgeleverd of enig wetsvoorschrift zou hebben overtreden, maar dat de eigenaar van de vrachtwagencombinatie moet bewijzen dat de zandauto door zijn manoeuvre de chauffeur heeft genoodzaakt om te remmen zoals hij heeft gedaan. Advocaat-generaal Ten Kate bespreekt de rechtspraak over de omkeringsregel en meent dat de grondslag daarvoor ligt in het gegeven dat de gevaarverhoging in het gegeven geval *kenmerkend* was voor het ongeval of de tot de schade leidende gebeurtenissen, waarbij de strekking van het geschonden veiligheidsvoorschrift een belangrijke rol kan spelen.³⁰⁶ Het enkele feit dat de zandauto het op de voorrangsweg rijdende verkeer heeft gehinderd (niet staat vast in hoeverre van reële hinder sprake is geweest), houdt volgens de A-G nog niet in dat het ongeval “correspondeert met het gevaar” dat de zandauto deed ontstaan. Ook de Hoge Raad acht de omkeringsregel kennelijk niet van toepassing en laat het oordeel van het hof als feitelijk van aard en voldoende gemotiveerd in stand. Ik merk op dat ik, met het in § 5.2 beschreven arrest Gouda/Lutz in het achterhoofd, mij moeilijk kan voorstellen dat Expeditie-

304. HR 1 juli 1976, NJ 1976, 467.

305. HR 14 januari 1977, NJ 1977, 340.

306. Zie hierover nader in § 13.4 e.v.

bedrijf/Te Baerts heden ten dage nog net zo zou worden gewezen. Net als in Gouda/Lutz met betrekking tot de verkeersfout van fietser Lutz, kan men hier menen dat de verkeersfout van de zandauto van relatief gering gewicht was. Maar dat zij geen *conditio sine qua non* was voor de schade, is moeilijk voorstelbaar: vrachtwagencombinaties scharen niet ‘zomaar’ op een doorgaande weg. Het arrest vormt mijns inziens een indicatie dat de omkeringsregel tegenwoordig door de Hoge Raad strenger wordt toegepast dan destijds.

In het arrest APFZ/Klootwijk³⁰⁷ uit 1982 ging het om twee opeenvolgende aanrijdingen. Op een landelijke tertiaire weg in Friesland staat overdag bij dichte mist (zicht 50 à 60 meter) een vrachtauto met aanhangwagen stil, gedeeltelijk in de berm en gedeeltelijk op de rijbaan, en met ontstoken lichten. Er geldt geen stop- of parkeerverbod. Een tweede vrachtwagen rijdt van achteren de aanhangwagen aan, waardoor de verlichting uitvalt en de wagen iets meer op de rijbaan komt te staan. Deze tweede vrachtwagen komt voorbij de eerste tot stilstand. Even later rijdt een personenwagen bestuurd door Bos op de nu onverlichte aanhangwagen. Bos raakt ernstig gewond en haar ziektekostenverzekeraar, het Algemeen Provinciaal Fries Ziekenfonds (APFZ), zoekt verhaal op beide vrachtwagens. Rechtbank en hof wijzen beide vorderingen af. Het hof overweegt dat de chauffeur van de eerste vrachtwagen jegens Bos onrechtmatig heeft gehandeld door geen gevarendriehoek te plaatsen, maar deze nalatigheid is in vergelijking met de fout van Bos (niet aanpassen snelheid) zo gering dat zij niet tot aansprakelijkheid kan leiden. Ook de chauffeur van de tweede vrachtwagen heeft zijn snelheid niet aangepast en heeft daarom schuld aan zijn aanrijding met de eerste, wat volgens het hof meebrengt dat hij ook jegens Bos onrechtmatig heeft gehandeld. Maar nu het zicht zo beperkt was dat het uitvallen van de achterlichten de zichtbaarheid van de aanhangwagen niet heeft beïnvloed, levert de omstandigheid dat de achterlichten door de eerste botsing defect raakten geen voor de causaliteit relevant feit op, aldus het hof. In cassatie laat de Hoge Raad beide oordelen als feitelijk van aard en voldoende gemotiveerd in stand. Ik maak daaruit op dat in beide gevallen (het niet plaatsen van de gevarendriehoek en het vernielen van de achterlichten) het verband tussen de gevaarstelling en de tweede aanrijding onvoldoende werd geacht om de omkeringsregel van toepassing te laten zijn.

In het arrest Rebecca Visser³⁰⁸ uit 1990 ging het om een aanrijding tussen een personenauto en de drie jaar oude Rebecca Visser die plotseling de weg op kwam lopen. De aanrijding heeft de blijvende invaliditeit van het meisje tot gevolg. Vastgesteld was dat de auto had gereden met een snelheid die niet was aangepast aan de plaatselijke situatie (weg omgeven door woonerven). Het hof oordeelt dat niet aannemelijk is geworden dat de aanrijding door dit onjuiste verkeersgedrag is veroorzaakt. De Hoge Raad casseert op basis van de inmiddels bekende ongevallenformulering:

307. HR 26 november 1982, VR 1983, 28.

308. HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Rebecca Visser).

“Indien een gedraging, zoals hier het te harde rijden, onrechtmatig is omdat daardoor het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven.”³⁰⁹

Ook hier bestaat in werkelijkheid een veel nauwer verband tussen gevaarzetting (gevaar voor verkeersongevallen ‘in het algemeen’) en schade-evenement (‘een ongeval’) dan deze abstracte formulering suggereert. Advocaat-generaal Biegman-Hartogh wijst op de ratio van de verplichting om de rijsnelheid aan te passen aan de omstandigheden ter plaatse en concludeert dat deze norm er “evident toe strekt verkeersongevallen *zoals hier voorgevallen*, te voorkomen”³¹⁰ (cursivering toegevoegd, AJA).

In het arrest IZA/Waarborgfonds³¹¹ uit 1994 gaat het om een frontale botsing tussen twee tegenliggers, waarbij niet kan worden vastgesteld welk van beide auto's de wegas heeft overschreden, of dat beide dat hebben gedaan. Bestuurder B had ten tijde van het ongeval een alcoholpromillage van 1,83. IZA, ziektekosten-verzekeraar van de passagier van B, zoekt verhaal op het Waarborgfonds omdat vanwege de onbekend gebleven toedracht van het ongeval niet is komen vast te staan welke bestuurder als aansprakelijke persoon moet worden aangemerkt. Het hof overweegt dat de aansprakelijkheidsvraag tussen beide automobilisten een andere is dan die tussen B en zijn passagier, en dat in die laatste verhouding op grond van de omkeringsregel het causaal verband tussen het alcoholgebruik en het ongeval in beginsel gegeven is, behoudens tegenbewijs door B. De kans dat B in dat tegenbewijs zal slagen acht het hof gering, zodat IZA eerst maar haar geluk bij B en diens WAM-verzekeraar moet beproeven, alvorens zich tot het Waarborgfonds te wenden. De Hoge Raad overweegt dat het hof, door ervan uit te gaan dat bij rijden onder invloed van een aanmerkelijke hoeveelheid alcohol het causaal verband tussen deze invloed en een ten tijde daarvan voorgevallen ongeval in beginsel is gegeven, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Advocaat-generaal Koopmans wijst er in zijn Conclusie nog op dat rijden onder invloed het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen vergroot:

“Dat is niet alleen zo omdat eerder verkeersfouten worden gemaakt, bijvoorbeeld doordat men bij nacht de wegas minder goed in de gaten houdt, maar ook omdat men niet adequaat reageert op de verkeersfouten van anderen, bijvoorbeeld tegenliggers die de wegas dreigen te overschrijden.”³¹²

In dit arrest wordt de gevaarzetting dus gemotiveerd in algemene termen omschreven. De reden daarvoor is dat de gevaarzetting bij rijden onder invloed nu eenmaal heel algemeen is. Dit gaat echter niet zo ver dat in werkelijkheid slechts een kleine kans bestaat dat het ongeval (mede) door het alcoholgebruik werd veroorzaakt. Gezien de toedracht lijkt heel goed mogelijk dat een nuchtere

309. R.o. 3.3.

310. Conclusie OM, nr. 5.3.

311. HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95.

312. Conclusie OM, nr. 8.

bestuurder het ongeval had weten te vermijden. In zoverre bestaat toch een redelijk direct verband tussen gevaarzetting en ongeval.

In 1999 wijst de Hoge Raad het arrest Gouda/Lutz.³¹³ Zoals besproken in § 5.2 is het verband tussen gevaarzetting (tegen de richting in fietsen op fietspad) en het ongeval (de val van tegenligger Hemelaar) hier in zoverre eigenlijk heel nauw, dat moeilijk denkbaar is dat de verkeersfout van Lutz niet op een of andere wijze, al was het maar omdat Hemelaar daardoor geschrokken was, *conditio sine qua non* voor het ongeval was.

9.5 CONCLUSIE: OOK DE ONGEVALLENREGEL VEREIST EEN NAUW VERBAND TUSSEN GEVAARZETTING EN ONGEVAL

Zoals dit overzicht laat zien, wordt in de rechtspraak over de omkeringsregel bij verkeersongevallen in werkelijkheid een tamelijk nauw verband geëist tussen gevaarzetting en ongeval. De Hoge Raad *formuleert* het vereiste verband in het ene geval wat ruimer dan in het andere, maar waar dit verband heel abstract wordt omschreven, is het *in werkelijkheid* in het algemeen aanmerkelijk nauwer dan die abstracte beschrijving suggereert. Per saldo is dit verband telkens zó nauw, dat men kan zeggen dat zich in de vorm van het ongeval juist dát soort gevaar heeft verwezenlijkt, dat specifiek door de gevaarzetting in het leven werd geroepen. Op grond hiervan is telkens een feitelijk vermoeden van causaal verband gerechtvaardigd. Waarmee overigens niet is gezegd dat de rechtvaardiging voor de omkeringsregel uitsluitend op dit feitelijk vermoeden is gebaseerd. Zoals ik in hoofdstuk 13 zal uitwerken, is ook een normatieve rechtvaardigingsgrond voor de omkeringsregel in dit nauwe verband gelegen.

Dat het verband tussen gevaarzetting en schade-evenement in werkelijkheid veel nauwer is dan de bewoordingen van de omkeringsregel doen vermoeden, is naar mijn mening een belangrijk inzicht dat veel licht over de ware inhoud en betekenis van de omkeringsregel kan doen schijnen. In zijn noot bij Gouda/Lutz vraagt Snijders zich af of de omkeringsregel niet om nuancering vraagt naargelang de ernst van de onrechtmatige daad of wanprestatie en de kans op een ongeval door die daad:

“Wie bijv. een beetje schuin en dus onrechtmatig oversteekt, vergroot ook de kans op een ongeval, dit in het algemeen misschien met enkele procenten, maar moet men nu op een dergelijke onrechtmatige daad en algemene gevaarsprognose nu wel de omkeringsregel loslaten?”³¹⁴

Op grond van bovenstaand overzicht zou ik zeggen: dat hangt af van het ongeval dat plaatsvindt. In het geval waar Snijders van uit lijkt te gaan, dat een zodanig ongeval plaatsvindt dat slechts ‘een kans van enkele procenten’ bestaat dat het schuin oversteken daarvoor causaal was, heb ik weinig twijfel dat de Hoge Raad inderdaad niet van de feitenrechter zal verlangen dat deze de omkeringsregel toe-

313. HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS.

314. Snijders, noot bij Gouda/Lutz, nr. 2.b.

past. Het hiervoor beschreven arrest APFZ/Klootwijk uit 1982 moge dit illustreren. Ook daar werd het verband tussen een geringe gevaarstelling (het niet plaatsen van de gevarendriehoek, respectievelijk de vernieling van de achterlichten) en het ongeval kennelijk te gering geacht om de omkeringsregel toe te passen. Het moge zo zijn dat de Hoge Raad de omkeringsregel in de loop der jaren wat strenger is gaan toepassen (wat vooral het arrest Expeditiebedrijf/Te Baerts uit 1977 suggereert), maar het lijkt mij sterk dat hij zo ver zou gaan als Snijders vreest.

9.6 VLOEIENDE OVERGANG OF TWEE VERSCHILLENDE 'OMKERINGSREGELS'?

Uit het voorgaande volgt dat er alvast in zoverre geen verschil is tussen de ongevallenregel en de algemene omkeringsregel, dat in *beide* gevallen onder omstandigheden een nauwer verband wordt vereist dan de betreffende formulering kan doen vermoeden. Betekent dit nu dat in het geheel geen inhoudelijk verschil bestaat tussen de oude ongevallenregel en de nieuwe algemene regel? In zijn Conclusie voor het Oude Monnink Motors-arrest schrijft A-G Bakels dat het hier gaat om een “vloeiende overgang”, en hij vervolgt:

“Wél zou ik denken dat het verschil in formulering in het geval van schending van veiligheids- of verkeersnormen een ruimere toerekening³¹⁵ rechtvaardigt dan in andere gevallen van wanprestatie of onrechtmatige daad, gelet op de strekking van de desbetreffende normen. Verdedigbaar lijkt mij dat dit mede tot uiting komt in het zeer ruime criterium dat geldt in het geval van schending van veiligheids- en verkeersnormen (een gedraging waardoor het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot).”³¹⁶

Ik ben het in zoverre met Bakels eens dat het voor de hand lijkt te liggen dat de ongevallenregel in het algemeen wat ruimer zal worden toegepast dan de algemene regel. Maar wat mij betreft moeten wij het aanknopingspunt voor dat verschil niet zoeken in het verschil in formulering, want die formulering blijkt in géén van beide gevallen werkelijk houvast te bieden. Als er in een concreet geval een aanknopingspunt is voor een ruime toepassing, dan ligt dat naar mijn mening eenvoudig in de strekking van de geschonden norm. Ook A-G Bakels wijst op het belang daarvan. Toepassing van de omkeringsregel, in welke formulering dan ook, wordt gerechtvaardigd door een optelsom van een feitelijk vermoeden van causaal verband en normatieve overwegingen die samenhangen met de strekking van de geschonden norm. Ik zal dit toelichten en uitwerken in hoofdstuk 13 en 14. Daarom moeten wij niet onderscheiden op grond van de formulering ('ongevallenformulering' of 'algemene' formulering), maar gewoon

315. Bakels spreekt hier van 'toerekening', maar uit de context van dit citaat blijkt duidelijk dat hij zowel het *conditio sine qua non*-verband als het toerekeningsverband op het oog heeft. Evenzo op de plaats waar hij zijn systeem samenvat (onder nr. 2.17). Ter vermijding van misverstanden zou het beter zijn geweest om te spreken van 'toepassing'.

316. Conclusie OM bij HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Ter Hofte/Oude Monnink), nr. 2.11.

telkens onderzoeken of voldaan is aan de inhoudelijke voorwaarden. De eventuele kwalificatie als verkeers- of veiligheidsnorm is daarbij slechts in zoverre relevant, dat deze kwalificatie van belang zal zijn in het kader van de te verrichten analyse van de strekking van de betreffende norm. Het kan echter slechts verwarring in de hand werken om te spreken van twee verschillende omkeringsregels, en ook het grote belang dat traditioneel wordt gehecht aan de vraag of al of niet van een ‘echte’ verkeers- of veiligheidsnorm sprake is (voorheen terecht, gezien de afkomst van het leerstuk), verdient nadrukkelijk de nodige relativering.³¹⁷

9.7 DE ‘OUDE’ ONGEVALLENREGEL EN DE ‘NIEUWE’ ALGEMENE REGEL INEENGEVLOEID: HET ARREST ZÜRICH/X

Naar mijn mening is het dus het meest verhelderend om te spreken van één omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband. Daarbij heeft de nieuwe algemene formulering de ongevallenformulering hooguit in zoverre ‘vervangen’, dat met de nieuwe formulering het brede toepassingsgebied van deze regel tot uitdrukking wordt gebracht. Het is echter weinig bezwaarlijk om in voorkomende gevallen de ‘oude’ ongevallenformulering te blijven gebruiken, omdat de vraag naar de toepasselijkheid van de omkeringsregel in het betreffende geval als puntje bij paaltje komt toch niet aan de hand van zijn formulering, maar materieel moet worden bepaald. Het gevolg daarvan is dat de ‘oude’ ongevallenregel en de ‘nieuwe’ algemene regel ineen vloeien. In de praktijk ziet men dat soms ook al gebeuren. Een mooie illustratie daarvan is het recente arrest Zürich/X.³¹⁸

Dit arrest heeft betrekking op een aanrijding tussen twee over een snelweg in dezelfde richting rijdende auto’s, een BMW en een Volkswagen Golf. De BMW reed op de linkerrijstrook en was doende de Volkswagen in te halen die op de rechterrijstrook reed. Zürich, de all-riskverzekeraar van de BMW, zoekt verhaal op de bestuurster van de Volkswagen. Partijen spreken elkaar tegen over de vraag wie van hen op de ander zijn rijstrook kwam. Zürich stelt dat de bestuurster van de Volkswagen plotseling naar links uitweek terwijl zij werd ingehaald. Daarbij beroept Zürich zich op de omkeringsregel (in de ongevallenformulering), door te stellen dat de Volkswagen bij regen heeft gereden met drie gladde banden welke handeling zodanig gevaarzettend is dat daarmee het causaal verband tussen deze overtreding en het ongeval in beginsel is gegeven, behoudens tegenbewijs door de Volkswagen. Het hof overweegt dat de bestuurster van de Volkswagen onrechtmatig had gehandeld door met gladde banden te rijden. Zij heeft daarmee een wettelijk verbod geschonden dat is gegeven ter voorkoming van verkeersongevallen als gevolg van slippen, aldus het hof, dat vervolgt:

“Met name indien zou vaststaan, c.q. voldoende aannemelijk zou zijn, dat dát gevaar – slipgevaar – zich in casu heeft verwezenlijkt en tot het plaatsvinden van het onderhavige ongeval heeft geleid, zou, met Zürich, gezegd kunnen worden dat het causaal verband tussen de gedraging – het met gladde banden rijden – en het ongeval in

317. Vgl. het in § 10.2 e.v. te bespreken arrest MCL/In ’t Hout, waarin de Hoge Raad onder meer besliste dat in het midden kon blijven of sprake was van een ‘echte’ veiligheidsnorm.

318. HR 11 januari 2002, VR 2002, 158.

beginsel gegeven is, behoudens bewijs van het tegendeel. Echter dat het gevaar van slippen zich in dit geval heeft verwezenlijkt en dat [de bestuurster van de Volkswagen] dáárdóór plotseling naar links kwam terwijl zij werd ingehaald, is niet door Zürich gesteld – zij uit slechts met niet nader gefundeerde suggesties op dat punt – noch gebleken of aannemelijk geworden. Terecht merkt de rechtbank op dat beide bestuurders tevoren rechtuit op de snelweg reden en dat er niets gesteld is omtrent een bijzondere aanleiding om te remmen of een andere handeling uit te voeren die met gladde banden gevaarlijk kan zijn.”

Het hof bekrachtigt het oordeel van de rechtbank dat Zürich niet is geslaagd in het op haar rustende bewijs dat het ongeval is te wijten aan de schuld van de bestuurster van de Volkswagen, en wijst de vordering af.

In cassatie beroept Zürich zich opnieuw op de omkeringsregel. Het middel bezigt daarbij opnieuw de ongevallenformulering. Advocaat-generaal Spier maakt daarmee korte metten. Naar zijn mening heeft het hof de omkeringsregel juist geïnterpreteerd door ervan uit te gaan dat deze eerst geldt als ten minste is gesteld of gebleken dat het gevaar (in casu: het met gladde banden rijden tijdens regenachtig weer) zich heeft verwezenlijkt. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep onder toepassing van artikel 101a RO (thans artikel 81).

In deze zaak zijn de oude en de nieuwe omkeringsregel op zeer zichtbare wijze in elkaar gevloeid. Hoewel het om de schending van een verkeersregel ging en de ‘oude’ ongevallenformulering werd gebezigd, kwam het hof bij letterlijk hetzelfde nadere vereiste uit als de Hoge Raad in het Oude Monnick Motors-arrest in het kader van de algemene formulering, namelijk dat vast had moeten komen te staan dat het gevaar van slippen zich had verwezenlijkt. Duidelijk is voorts dat ook in deze zaak, net als in de in § 9.3 besproken arresten, ondanks de zeer algemene formulering van de ongevallenregel een veel nauwer verband wordt geëist tussen gevaarzetting en ongeval dan die ruime formulering zou kunnen suggereren. Dat lijkt mij ook volstrekt juist, want het is in dit geval nu eenmaal niet aannemelijk geworden dat zich in de vorm van het ongeval juist dát soort gevaar heeft verwezenlijkt dat specifiek door de gevaarzetting in het leven werd geroepen. De casus is ook een mooi voorbeeld van de schending van een veiligheidsnorm *zonder* dat aanleiding bestaat voor een feitelijk vermoeden van causaal verband met het ongeval.

9.8 CONCLUSIES

Mijn conclusie is dat het beste gesproken kan worden van één omkeringsregel, waarbij de ‘nieuwe’ formulering niet de ‘oude’ heeft vervangen, maar slechts het brede toepassingsgebied van deze regel tot uitdrukking brengt. Voor het overige is het van ondergeschikt belang in welk van beide formuleringen de omkeringsregel wordt gebezigd. Of hij in een concreet geval moet worden toegepast, wordt toch niet bepaald aan de hand van zijn formulering: in werkelijkheid wordt een nauwer verband geëist tussen gevaarzetting en het schade-evenement dan de bewoordingen van de omkeringsregel, in welk van beide formuleringen dan ook, zouden kunnen suggereren.

Dit nauwer verband is naar mijn mening vereist omdat de rechtvaardiging voor de toepassing van de omkeringsregel niet is gelegen in de toepasbaarheid van een formule, maar in een optelsom van een feitelijk vermoeden van causaal verband en normatieve overwegingen die samenhangen met de strekking van de geschonden norm. Zoals ik zal uitwerken in de hoofdstukken 13 en 14, komen die overwegingen in beeld wanneer het verband tussen gevaarstelling en schade-evenement zó nauw is, dat men kan zeggen dat de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen tegen juist het soort risico dat zich in de vorm van het schade-evenement heeft verwezenlijkt. Het belang van de vraag of sprake is van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm verdient in zoverre relativering, dat deze kwalificatie slechts van belang zal zijn in het kader van de te verrichten analyse van de strekking van de betreffende norm.

Overigens zal ik in hoofdstuk 16 een alternatieve formulering voor de omkeringsregel voorstellen die naar mijn mening meer aanknopingspunten biedt voor de inhoudelijke voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel. Uiteraard meen ik dat van alle formuleringen aan dat alternatief nog het meest de voorkeur zou toekomen.

10 Het arrest MCL/In 't Hout: meer ruimte voor het tegenbewijs?

10.1 INLEIDING

Na het Oude Monnick Motors-arrest wijst de Hoge Raad in 2001 nog drie arresten over de omkeringsregel, die ik in dit en het volgende hoofdstuk zal bespreken. Alledrie gaan zij over de mogelijke gevolgen van een medische fout. Het in dit hoofdstuk te behandelen arrest, MCL/In 't Hout,³¹⁹ betreft het in strijd met een protocol niet toedienen van anti-stollingsmiddel bij een kijkoperatie in de knie, de twee andere arresten gaan over het handelen in strijd met het vereiste van informed consent.³²⁰ In MCL/In 't Hout wordt de omkeringsregel wél toepasselijk geacht, in de twee informed consent-arresten niet. MCL/In 't Hout is vooral interessant omdat het een mooi voorbeeld oplevert van een geval waarin niet van een feitelijk vermoeden van causaal verband kan worden gesproken, maar normatieve overwegingen toch de toepassing van de omkeringsregel kunnen rechtvaardigen. Voorts werd het te leveren tegenbewijs wat minder streng geformuleerd, en lijken hier, meer dan in veel andere gevallen, reële mogelijkheden open te staan om dat tegenbewijs ook te leveren.

10.2 FEITEN EN BESLISSING

Het arrest MCL/In 't Hout gaat over de schending van een binnen het Medisch Centrum Leeuwarden (MCL) vastgesteld protocol dat voorschrijft dat bij een arthroscopie (een kijkoperatie) in de knie een anti-stollingsmiddel ter voorkoming van trombose³²¹ moet worden toegediend. In het onderhavige geval had de chirurg de toediening van anti-stollingsmiddel vergeten. Bij de patiënt werd een kleine week na de operatie trombose vastgesteld in het geopereerde linkerbeen, en anderhalf jaar later in het rechterbeen. Hij stelt als gevolg van beide tromboses voor 75% arbeidsongeschikt te zijn geworden en vordert van de chirurg en het MCL vergoeding van zijn schade.

In drie instanties wordt geoordeeld dat het niet opvolgen van het protocol een toerekenbare tekortkoming jegens de patiënt inhoudt. Deze kwestie heeft in de medische wereld enig stof doen opwaaien omdat binnen de beroepsgroep van orthopeden/chirurgen geen consensus bestaat over de toepassing van antistolling

319. HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 m.nt. Van Wijmen en JBMV. Voorafgaand was ook het arrest van het hof al gepubliceerd: Hof Leeuwarden 2 december 1998, NJ 2000, 41; TvGr 2000/51 m.nt. A.M. Vermaas. Zie over de uitspraak van het hof voorts Akkermans (2000), p. 104-106.

320. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 m.nt. JMBV (informed consent).

321. Trombose is de vorming van bloedstolsels binnen in de bloedvaten waardoor de bloedcirculatie wordt belemmerd, hetgeen tot zeer ernstige gevolgen kan leiden.

bij een arthroscopie.³²² Men is beducht voor ‘kookboekgeneeskunde’ en vreest een te vergaande binding van de medicus aan allerlei richtlijnen en protocollen.³²³ De Hoge Raad volgt echter het oordeel van het hof dat nu het protocol berust op interne consensus binnen het MCL, van de betrokken artsen mag worden verwacht dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking is slechts aanvaardbaar wanneer dat in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de antistolling uitsluitend te wijten was aan ‘vergeten’ en dus van een beargumenteerde afwijking geen sprake was, heeft deze afwijking ten opzichte van de patiënt te gelden als een tekortkoming.³²⁴

Met betrekking tot het causaal verband tussen deze tekortkoming en de door de patiënt gestelde schade oordeelde de rechtbank dat het causaal verband tussen *de ingreep* en de daarna opgetreden trombose voldoende aannemelijk is (trombose kan zich ook ‘spontaan’ of naar aanleiding van andere gebeurtenissen manifesteren). Dit uitgangspunt wordt in de procedure niet meer bestreden. Voor de aansprakelijkheid van gedaagden is uiteraard maatgevend of causaal verband bestaat tussen *het niet toedienen van antistolling* en de trombose. De rechtbank belastte de patiënt met het bewijs dat er een redelijke mate van zekerheid was dat zijn trombose door toediening van antistolling te voorkomen was geweest.

In hoger beroep oordeelde het hof – dat arrest wees op 2 december 1998, dus ruim vóór het Sint-Willibrord-arrest – dat sprake was van schending van een veiligheidsnorm.³²⁵ Daarom was de omkeringsregel toepasselijk, aldus het hof, dat op grond daarvan aan gedaagden opdroeg:

“te bewijzen feiten of omstandigheden waarop met toereikende mate van zekerheid het oordeel kan worden gebaseerd dat de aan In ‘t Hout opgekomen gevallen van trombose ook zouden zijn ontstaan indien MCL en A. conform het geldende protocol een anti-stollingstherapie op In ‘t Hout zouden hebben toegepast.”³²⁶

Met het oog op de toepasselijkheid van de omkeringsregel betoogt het cassatiemiddel onder meer dat niet van de schending van een ‘echte’ veiligheidsnorm sprake is. De Hoge Raad memoreert dat het oordeel van de rechtbank, dat het verband tussen de ingreep en de trombose voldoende aannemelijk was, in de procedure niet meer is bestreden, en vervolgt:

322. In dit verband beriepen gedaagden zich onder meer op een deskundigenrapport waarin vermeld stond dat diepe venetrombose (zoals bij de patiënt ontstaan in het rechterbeen) zelden voorkomt als complicatie van een arthroscopie van de knie, dat van de 23 collega’s er 18 geen antistolling toepassen en dat van die 18 er 10 wel antistolling voorschreven als de dagbehandelingspatiënt tegen de verwachting in toch werd opgenomen. Zie de Conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest, (aan het eind van) nr. 3.

323. Zie bijv. de noot van A.M. Vermaas onder het arrest van het hof in TvGr 2000, p. 379-384.

324. R.o. 3.3.3.

325. Deze kwalificatie wordt met een m.i. niet overtuigende motivering onderbouwd. Zie Akkermans (2000), p. 104-105.

326. Hof Leeuwarden 2 december 1998, NJ 2000, 41, r.o. 26, ook kenbaar uit de Conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, (aan het eind van) nr. 5.

“Nu het overtreden voorschrift diende om het risico op het post-operatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen), en [...] In 't Hout aanspraak op naleving van het protocolvoorschrift mocht maken, geeft het oordeel van het Hof, erop neerkomende dat – nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard anti-stollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt – het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In het midden kan daarbij blijven of in het onderhavige geval sprake is geweest van een ‘echte’ veiligheidsnorm zoals door het middel bedoeld, terwijl evenmin nog van belang is of binnen de gehele beroepsgroep consensus bestond over de effectiviteit van de anti-stollingsbehandeling.”³²⁷

De Hoge Raad acht de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule dus van toepassing, waarbij het betreffende risico wordt gespecificeerd als ‘het optreden van trombose’. Dat volgens de Hoge Raad in het midden kan blijven of sprake is van een veiligheidsnorm, ligt in zoverre voor de hand dat de in de tussentijd door hem gewezen arresten er geen twijfel over laten bestaan dat het toepassingsgebied van de omkeringsregel niet langer tot de schending van dergelijke normen is beperkt.³²⁸

10.3 REACTIES IN DE LITERATUUR

Het arrest is in de literatuur met voorzichtige instemming ontvangen.³²⁹ Die voorzichtigheid betreft veeleer de omkeringsregel in het algemeen (zonder duidelijke afbakening ‘gevaarlijk speelgoed’, aldus Van Boom³³⁰) dan de toepassing daarvan in het voorliggende geval. Verschillende schrijvers wijzen erop dat de vraag of sprake is van een veiligheidsnorm voor het toerekeningsverband zijn belang behoudt.³³¹ Giesen spreekt er zijn verbazing over uit dat de Hoge Raad nog steeds niet ingaat op de eventuele rechtvaardiging(en) voor de omkeringsregel.³³² Voor Van Boom is essentieel dat vast is komen te staan dat beide tromboses in elk geval het gevolg zijn van de ingreep. Indien dat niet het geval zou zijn geweest, had de omkeringsregel naar zijn mening niet mogen worden toegepast. Het aanknopingspunt voor deze opvatting zoekt hij in een zo scherp mogelijke definitie

327. R.o. 3.4.2.

328. Misschien nog het duidelijkst hierover is het Oude Monnick Motors-arrest, waarin de Hoge Raad spreekt over rechtspraak die ‘aanvankelijk’ alleen in gevallen van schending van veiligheids- en verkeersnormen werd toegepast (r.o. 3.6).

329. Zie W.H. van Boom, noot bij HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In 't Hout), TVP 2001, p. 91-93; I. Giesen, Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en ‘de omkeringsregel’, noot bij HR 3 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In 't Hout), AV&S 2001, p. 150-154; J.A.M. Strens-Meulemeester, Protocol en medische aansprakelijkheid, noot bij HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In 't Hout), NbBW 2001, p. 94-96; J.B.M. Vranken, noot bij HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In 't Hout).

330. Van Boom, TVP 2001, p. 92 l.k.

331. Vranken, noot bij MCL/In 't Hout, onder 4; Van Boom, TVP 2001, p. 93 r.k.; Strens-Meulemeester, NbBW 2001, p. 96 r.k.

332. Giesen, AV&S 2001, p. 154 l.k.

van het begrip ‘risico’. Niet elke trombose, wanneer ook ontstaan, kan als een verwezenlijking worden gezien van het risico verbonden aan het op enig moment niet toedienen van anti-stollingsmiddelen, aldus Van Boom.³³³

10.4 EIGEN OPVATTING: TOEPASSING OMKERINGSREGEL GERECHTVAARDIGD OP NORMATIEVE GRONDEN

Ook ik meen dat met het arrest kan worden ingestemd. De reden daarvoor is niet gelegen in de wijze waarop men de formule van de omkeringsregel op de omstandigheden van het geval kan toespitsen,³³⁴ maar in de omstandigheid dat de casus een mooi voorbeeld is van de schending van een norm die specifiek de strekking heeft potentiële benadeelden in bescherming te nemen tegen juist dat gevaar dat zich in casu heeft verwezenlijkt.

Ik stel voorop dat de rechtvaardiging van de toepassing van de omkeringsregel in dit geval moeilijk kan berusten op het feitelijke vermoeden dat de trombose door de tekortkoming werd veroorzaakt. Uit de procedure zoals gepubliceerd blijkt niets over de grootte van de kans dat de toepassing van antistolling de trombose had kunnen voorkomen. Maar aan het feit dat onder orthopeden/chirurgen geen consensus bestaat over de toepassing van antistolling bij een arthroscopie, ontleen ik het vermoeden dat die kans beperkt zal zijn. Ook beriepen gedaagden zich op een deskundigenrapport waarin staat vermeld dat diepe venetrombose (zoals bij de patiënt ontstaan aan het rechterbeen) zelden voorkomt als complicatie van een arthroscopie van de knie en dat het bloedingrisico “de niet aan te tonen effectiviteit” van de antistolling overschaduwde.³³⁵ Over de grootte van de betreffende kans, en daarmee over de veroorzakingswaarschijnlijkheid, zal in de procedure na verwijzing vermoedelijk meer komen vast te staan. Maar zoals de zaak in dit arrest aan de Hoge Raad werd voorgelegd, lijkt in elk geval geen grond te bestaan voor een feitelijke vermoeden van causaal verband.

En toch spreekt de beslissing om de bewijslast om te keren aan. In dit opzicht lijkt de casus veel op die van arresten zoals *Windmill/Roelofsen*³³⁶ en *Dicky Trading II*.³³⁷ Net zoals in die arresten bestaan hier dan ook normatieve gronden voor bewijslastomkering, die samenhangen met de strekking van de geschonden norm. De toediening van antistolling na een operatie dient specifiek om patiënten zoals In 't Hout te beschermen tegen het risico dat door de operatie trombose ontstaat. Dat antistolling de trombose zou hebben voorkomen, is uit de

333. Van Boom, TVP 2001, p. 91-92.

334. Wat er ook zij van de mogelijkheden tot nadere invulling van de bewoordingen van de omkeringsregel, waar het uiteindelijk om draait, zijn toch de materiële criteria: de veroorzakingswaarschijnlijkheid en de strekking van de geschonden norm. Qua resultaat ben ik het wel met Van Boom eens, zij het dat ik een nuancering zou willen aanbrengen: stel dat *niet* kon worden uitgesloten dat de trombose ook zonder de ingreep zou zijn ontstaan, maar dat daarop slechts een heel kleine kans bestaat, bijvoorbeeld van 3% of 5%. Zou toepassing van de omkeringsregel daarop toch categorisch moeten afstuiten? Ik kan dat niet inzien.

335. Zie de Conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest, (aan het eind van) nr. 3.

336. Zie mijn analyse van de rechtvaardiging van de bewijslastomkering in *Windmill/Roelofsen* in § 2.2.

337. Zie mijn analyse van de rechtvaardiging van de bewijslastomkering in *Dicky Trading II* in § 3.3.

aard der zaak niet zeker. Wanneer In 't Hout dat zou moeten bewijzen, dan zou wegens de onmogelijkheid van dat bewijs per saldo precies dat risico voor zijn rekening worden gebracht waartegen de betreffende norm hem beoogt te beschermen. Het protocol schrijft immers voor dat antistolling moet worden toegediend vanwege het risico dat door de operatie trombose ontstaat. Komt men In 't Hout bij het causaliteitsbewijs niet tegemoet, dan dreigt men met de ene hand (de hoofdregel van art. 150 Rv) de bescherming weg te nemen die met de andere hand (de norm uit het protocol) wordt gegeven. In zoverre is bewijslastomkering hier een logisch complement van de beschermende strekking van de norm.³³⁸

10.5 MEER RUIMTE VOOR HET TEGENBEWIJS?

Door toepassing van de omkeringsregel werd de bewijslast met betrekking tot het causaal verband dus terecht op de gedaagden gelegd. Belangrijk lijkt mij voorts dat het te leveren tegenbewijs zodanig werd geformuleerd dat ‘tegendeelbewijs’³³⁹ niet schijnt te zijn vereist. Volgens het hof dienen gedaagden immers slechts feiten of omstandigheden te bewijzen waarop “met toereikende mate van zekerheid het oordeel kan worden gebaseerd” dat de trombose ook bij toediening van antistolling zou zijn ontstaan.³⁴⁰ Dat lijkt toch wat anders dan ‘tot volle overtuiging’ bewijzen dat iets het geval is, zoals bij tegendeelbewijs wordt vereist. Ik vind dat juist omdat, zoals ik zal toelichten in hoofdstuk 15, het verlangen van tegendeelbewijs bij de omkeringsregel volgens mij niet op zijn plaats is.

Nu zijn de mogelijkheden om tegenbewijs te leveren bij medische fouten in één belangrijk opzicht veelal gunstiger dan bij ongevallen zoals in Windmill/ Roelofsen of bij fatale transacties zoals in Dicky Trading. Op medisch terrein worden veel data over succes en falen van behandelingen en het optreden van complicaties bijgehouden en verwerkt in allerlei statistieken. Door de groeiende hoeveelheid data en de steeds geavanceerder wordende statistische technieken zijn allengs meer van dit soort gegevens beschikbaar en worden zij ook steeds betrouwbaarder. Dat maakt dat het vaak mogelijk is om op basis van objectieve gegevens iets te zeggen over de kans dat een bepaalde medische fout al of niet tot een bepaald gevolg heeft geleid.³⁴¹

Bij gebeurtenissen zoals ongevallen en fatale transacties is dat doorgaans anders. Daarbij gaat het in de regel om op zichzelf staande gebeurtenissen, waarbij de omstandigheden telkens zodanig uniek zijn dat de waarschijnlijkheid van de mogelijke oorzaken die in het geding zijn, niet objectief bepaalbaar is.³⁴² Hoe waarschijnlijk is het dat een werknemer als Roelofsen zich nog aan een trapleuning kan vastgrijpen, wanneer hij bovenaan de trap zijn evenwicht verliest? Hoe waarschijnlijk is het dat een cliënt als boer Franken alsnog van de voorgenomen

338. Zie nader hoofdstuk 13.

339. Zie over dit begrip § 2.4 en § 15.2.

340. Zie het citaat in § 10.2 bij voetnoot 326.

341. Dit is ongetwijfeld een van de redenen waarom de rechter op het terrein van de beroepsfouten van de arts relatief vaak bij een proportionele oplossing uitkomt. Zie Akkermans (2000), p. 102 e.v.

342. Vgl. Akkermans, diss., p. 417.

transactie met Dick Wille afziet, wanneer hij door de notaris voor de risico's daarvan wordt gewaarschuwd? De voor het ontstaan van dit soort incidentele schade-evenementen relevante factoren zijn te weinig vergelijkbaar voor het bepalen van een frequentistische³⁴³ waarschijnlijkheid. Aanknopingspunten voor het tegenbewijs (als die er al zijn) dienen dus elders te worden gezocht.

Bij medische fouten is dat vaak anders. Zoals gezegd kan ik mij in het hier besproken geval voorstellen dat in de procedure na verwijzing komt vast te staan dat er slechts een beperkte kans bestaat dat antistolling de trombose had kunnen voorkomen. Het is niet ondenkbaar dat die kans zodanig klein zal blijken dat geoordeeld wordt dat daarop inderdaad “met toereikende mate van zekerheid het oordeel kan worden gebaseerd” dat de trombose ook bij toediening van antistolling zou zijn ontstaan. In dat geval zouden gedaagden dus zijn geslaagd in het hun opgedragen tegenbewijs.³⁴⁴

10.6 DE MOGELIJKHEID VAN EEN PROPORTIONELE OPLOSSING

Afhankelijk van de grootte van de kans dat antistolling de trombose had kunnen voorkomen, zou naar mijn mening ook de mogelijkheid van een proportionele oplossing in beeld kunnen komen.³⁴⁵ Zo'n oplossing kan namelijk uitstekend met de toepassing van de omkeringsregel worden gecombineerd,³⁴⁶ mits als tegenbewijs niet alleen wordt meegewogen het bewijs dat *conditio sine qua non*-verband *afwezig* is (waarvoor nodig zou zijn dat de bedoelde kans verwaarloosbaar klein is), maar ook het bewijs dat een reële kans op deze afwezigheid bestaat (waarvoor nodig zou zijn dat de kans op het tegendeel niet verwaarloosbaar klein is). Aldus zou worden vastgehouden aan het uitgangspunt dat de normschending wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn, tenzij voldoende aannemelijk is dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde thuishoort. Waar dit ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ wordt geleverd, zou dat aanleiding kunnen zijn om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen.³⁴⁷

343. Een frequentistische waarschijnlijkheid is een waarschijnlijkheid die is gebaseerd op de proportie dat het betreffende evenement optreedt van het totaal aantal malen dat het evenement op had kunnen treden. Een alledaags voorbeeld is de waarschijnlijkheid om met een dobbelsteen een 6 te gooien. Dat die waarschijnlijkheid $1/6$ is, kan men onder andere afleiden aan het aantal keren dat een 6 boven komt te liggen op een totaal aantal worpen. Hoe meer worpen, hoe betrouwbaarder de uitkomst.

344. Kort na afronding van het manuscript van dit boek werd mij ter beschikking gesteld het niet-gepubliceerde vonnis in de procedure na verwijzing van de Rb. Leeuwarden van 10 juli 2002, rolnr. 9816 HA ZA 94/954. De rechtbank oordeelt daarin gedaagden niet geslaagd in het hun opgelegde tegenbewijs, en wijst ook een proportionele oplossing van de hand.

345. Zie in dit verband voetnoot 344.

346. Zie over de combinatie van omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid Frenk, NJB 1995, p. 489; Akkermans, diss., p. 419 e.v. en 426 e.v.; Akkermans, VR 1999 B, p. 195-196; Giesen (1999), p. 126 e.v.; Haak, AA 1998, p. 147; Slabbers, TvGr 2002, p. 204 r.k.

347. Of geformuleerd in termen van het verlies van een kans: dit ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ leidt tot het afwijzen van causaal verband met de *definitieve* schade, en het aannemen van causaal verband met de *kansschade*.

Het resultaat van deze benadering zou zijn dat het in principe de gedaagden zijn die moeten waarmaken dat slechts een proportionele schadevergoeding op zijn plaats is. Bij medische fouten zoals hier lijken de gedaagden voor het dragen van deze bewijslast ook in beginsel de meest gerede partij. In de regel zullen zij, beter dan de patiënt, in de gelegenheid zijn om gegevens over prognoses, waarschijnlijkheden en risico's op te sporen en in het processuele debat te (doen) presenteren.³⁴⁸ Laten zij dit na, dan zijn zij volledig aansprakelijk. Zij kunnen dus niet volstaan met alleen maar te stellen dat *conditio sine qua non*-verband tussen fout en schade ontbreekt, maar zullen moeten zorgen voor een wetenschappelijke onderbouwing van (de waarschijnlijkheid van) hun stelling.

Als 'gedeeltelijk tegenbewijs' zou naar mijn mening voldoende moeten zijn dat vast komt te staan dat een reële kans bestaat dat de schade ook zonder fout zou zijn ingetreden. Niet is vereist dat op basis van de aangevoerde gegevens een exacte verdelingsmaatstaf kan worden vastgesteld. De rechter kan dat *ex aequo et bono* doen. Ook het bepalen van de mate van 'eigen schuld' in de zin van artikel 6:101 BW geschiedt zoals bekend aan de hand van kanspercentages die in belangrijke mate op intuïtieve wijze worden gevonden.³⁴⁹ Dat wordt – terecht – wel bezwaarlijk gevonden, maar niemand grijpt dat aan als argument om het artikel maar helemaal buiten toepassing te laten.

348. Evenzo Slabbers, TvGr 2002, p. 204 r.k.

349. Zie HR 5 december 1997, NJ 1998, 400; VR 1998, 28 (Terminus/ZAO).

11 Een belangrijke stap in de goede richting: de informed consent-arresten

11.1 INLEIDING

De twee in dit hoofdstuk te bespreken arresten over de omkeringsregel bij de schending van het vereiste van informed consent zijn op dezelfde dag gewezen. Toepassing van de omkeringsregel wordt afgewezen. De Hoge Raad gebruikt in beide beslissingen exact dezelfde bewoordingen. Het eerste arrest gaat over een zenuwbeschadiging na een polsoperatie,³⁵⁰ het tweede over een dwarslaesie na een operatie aan de wervelkolom.³⁵¹ Deze beide arresten houden naar mijn mening een belangrijke stap in de goede richting in, omdat de Hoge Raad hier zijn beslissing over de omkeringsregel voor het eerst nadrukkelijk baseert op een inhoudelijke analyse van de strekking van de geschonden norm.³⁵² Helaas wordt de uitkomst nog steeds, overeenkomstig de ‘semantische benadering’ zoals ingezet met het Oude Monnick Motors-arrest, gemotiveerd vanuit de pretentie dat zij uit de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel zou volgen. Met het resultaat van deze beslissingen stem ik in. Maar omdat ik vind dat er goede gronden zijn om bij de schending van het vereiste van informed consent de patiënt op structurele wijze tegemoet te komen, bespreek ik daarvoor nog een aantal mogelijkheden.

11.2 FEITEN EN BESLISSING IN HET EERSTE INFORMED CONSENT-ARREST: ZENUWBESCHADIGING NA POLSOPERATIE

In het eerste arrest ging het om een patiënte die wegens een peesschede-ontsteking eerst is geopereerd aan haar linkerpols en tweeënhalve maand later aan haar rechterpols. De eerste operatie verliep probleemloos, maar bij de tweede operatie is een zenuwbeschadiging opgetreden. Patiënte heeft daaraan een pijnlijk blijvende rechterpols overgehouden die haar zeer hindert bij haar dagelijkse bezigheden en waardoor zij haar werk heeft moeten opgeven. Voor de in verband daarmee geleden schade vordert zij vergoeding van het ziekenhuis. Haar aansprakelijkstelling baseert zij aanvankelijk op een dubbele grondslag. De operatie zou

350. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 m.nt. JMBV onder NJ 2002, 387.

351. HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JMBV.

352. Men kan ook van de beslissing in MCL/In 't Hout zeggen dat deze expliciet is gebaseerd op de strekking van de geschonden norm (zie het citaat in § 10.2 in de tekst bij voetnoot 327). Aan deze strekking wordt echter zodanig terloops gerefereerd dat men moeilijk kan spreken van een ‘inhoudelijke analyse’ daarvan. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat daarvoor ook geen aanleiding bestond: het zeer nauwe verband tussen de beschermende strekking van de geschonden norm en het risico dat zich had verwezenlijkt, sprak verder voor zich.

niet lege artis zijn uitgevoerd, en zij was ten onrechte niet geïnformeerd over het risico van de betreffende complicatie.

Rechtbank en hof verwerpen de eerste grondslag, en oordelen met betrekking tot de tweede grondslag dat geen causaal verband bestaat met de schade. Beide instanties gaan ervan uit dat eiseres, indien zij wél op de mogelijkheid zou zijn gewezen dat de betreffende complicatie zich kon voordoen, toch niet van de operatie zou hebben afgezien. Het hof baseert dit oordeel onder meer op de overweging dat eiseres bij niet-opereren langdurige klachten zou houden en dat de eerste operatie aan de andere pols succesvol was verlopen.

In cassatie is uitsluitend nog deze causaliteitskwestie aan de orde. Het cassatiemiddel voert onder meer aan dat de bewijslast inzake het ontbreken van causaal verband op het ziekenhuis rust, en doet daartoe primair een beroep op de omkeringsregel (onderdeel 1a), en subsidiair op de redelijkheid en billijkheid (onderdeel 1b). Beide onderdelen worden door de Hoge Raad verworpen. Over de niet-toepasselijkheid van de omkeringsregel overweegt hij:

“3.5.3. Het gaat hier om een geval van het tekortschieten door een arts in de nakoming van de op hem rustende verplichting zijn patiënt vóór een medische behandeling op duidelijke wijze in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling. Deze verplichting strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven. Deze verplichting vindt zijn grondslag in de door art. 10 van de Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11 van de Grondwet gewaarborgde onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Deze informatieplicht en het daarmee nauw verband houdende vereiste van toestemming door de patiënt hebben in de op 1 april 1995 in werking getreden regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling een wettelijke basis gekregen in de art. 7:448 en 450 BW.

3.5.4. Deze op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico's verbonden aan de voorgestelde behandeling strekt derhalve niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar zij strekt ertoe, zoals hiervoor in 3.5.3 is overwogen, de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Het tekortschieten in de nakoming van deze verplichting roept het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was.

3.5.5. Uit het in 3.5.3 en 3.5.4 overwogene volgt dat hetgeen zich heeft voorgedaan in het onderhavige geval een zenuwbeschadiging na de operatie van 20 juni 1991 niet kan worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten door [de arts] in de nakoming van zijn informatieplicht in het leven is geroepen. Er is dan ook geen aanleiding om in het onderhavige geval 'de omkeringsregel' van toepassing te achten en aan te nemen dat met het tekortschieten van [de arts] het causaal verband tussen dit tekortschieten en de ontstane schade in beginsel is gegeven. Onderdeel 1a faalt derhalve.”

Ook het beroep op de redelijkheid en billijkheid kan eiseres niet baten:

“3.5.6. Uit hetgeen hiervoor in 3.5.5 is overwogen vloeit, anders dan onderdeel 1b betoogt, voort dat [eiseres] ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv [thans art. 150, AJA] moest stellen en, zo nodig, bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling verbonden risico van beschadiging van een zenuw, als redelijk handelende patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen. Wel kon van de Stichting worden verlangd dat zij voldoende gegevens verstrekke ter motivering van de betwisting van de stelling van [eiseres] teneinde haar aanknopingspunten voor eventuele bewijzlevering te verschaffen.”

Vervolgens somt de Hoge Raad een aantal gezichtspunten op die voor het causaliteitsoordeel van belang zijn:

“Bij de beantwoording van de vraag of [eiseres], indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over voormeld risico, al dan niet van deze behandeling zou hebben afgezien, zijn in ieder geval de volgende factoren van belang: hoe groot was het risico van de inmiddels opgetreden complicatie; hoe zou de situatie zich ontwikkeld hebben wanneer van de behandeling zou zijn afgezien; kwamen redelijkerwijs minder risicovolle behandelmethoden voor toepassing in aanmerking en wat was de kans op succes bij een dergelijke behandelmethode.”

11.3 FEITEN EN BESLISSING IN HET TWEEDE INFORMED CONSENT-ARREST: DWARSLAESIE NA OPERATIE WERVELKOLOM

In het tweede arrest ging het om een patiënte die leed aan een kyfoscoliose, een ernstige deformiteit aan de wervelkolom, waarvan zij klachten ondervond die bestonden uit kortademigheid en versnelde vermoeidheid als gevolg van een verminderde longfunctie. Zij wendt zich tot een orthopedisch chirurg die haar een operatieve behandeling aan de wervelkolom adviseert, die bestaat uit vier deelbehandelingen. Als zij na de tweede deelbehandeling uit de anesthesie ontwaakt, blijkt zij een totale dwarslaesie te hebben. Ook deze patiënte baseert haar aansprakelijkstelling van de chirurg aanvankelijk op een zelfde dubbele grondslag: er zou een kunstfout zijn gemaakt omdat een andere operatie, een zogenaamde spondylodese in situ, de aangewezen behandeling zou zijn, en zij was ten onrechte niet geïnformeerd over het aan het vierdelige behandelplan verbonden risico van beschadiging van het ruggenmerg.

De rechtbank verwerpt beide grondslagen, het hof honoreert de tweede maar wijst de vorderingen van eiseres niettemin af. Volgens het hof is eiseres weliswaar ten onrechte niet geïnformeerd over het betreffende risico van ruggenmergbeschadiging, maar bestaat geen causaal verband tussen deze tekortkoming en de schade. Ook bij volledige informatie zou eiseres hebben gekozen voor het vierdelige behandelplan, aldus het hof. Het hof baseert dit oordeel onder meer op de overweging dat zonder behandeling ernstige levensverkortende stoornissen moesten worden verwacht, dat van spondylodese in situ slechts handhaving van de bestaande toestand van eiseres, maar van het vierdelige behandelplan verbetering van die toestand mocht worden verwacht, en dat aan beide behandelwijzen

het risico van dwarslaesie of andere ruggenmergbeschadiging verbonden was, maar dat de kans dat dit risico zich zou verwezenlijken minder dan 1% groot was en ten aanzien van zodanige complicaties zonder volledig herstel nog kleiner.

Ook hier is in cassatie uitsluitend nog deze causaliteitskwestie aan de orde. Het cassatiemiddel voert onder meer aan dat krachtens de omkeringsregel op de chirurg de bewijslast rustte van het ontbreken van causaal verband tussen zijn tekortschieten in de nakoming van zijn informatieplicht en de ontstane schade. De Hoge Raad wijst de toepasselijkheid van de omkeringsregel van de hand in exact dezelfde bewoordingen als in het eerst besproken arrest.

11.4 VERTREKPUNT: DE STREKKING VAN DE GESCHONDEN NORM

Zoals gezegd houden deze beide arresten naar mijn mening een belangrijke stap in de goede richting in, omdat de Hoge Raad zijn beslissing over de omkeringsregel nadrukkelijk baseert op een inhoudelijke analyse van de strekking van de geschonden norm. De verplichting van de arts om zijn patiënt vóór een medische behandeling op duidelijke wijze in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven, en vindt zijn grondslag in de grondwettelijk gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, aldus de Hoge Raad. Deze verplichting waarborgt dus het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Op zichzelf constateert de Hoge Raad terecht dat dit een andere strekking is dan bescherming tegen het gevaar dat in de bedoelde risico's is gelegen, al ligt het één naar mijn mening wel nadrukkelijk in het verlengde van het ander, waarover zo dadelijk meer.³⁵³

11.5 VERVOLG: “EEN WONDERLIJK WOORDENSPEL”

Vervolgens wordt het gemaakte onderscheid in de bewoordingen van de omkeringsregel ingepast: het niet nakomen van de informatieverplichting zou volgens de Hoge Raad het risico in het leven roepen “dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was.” Dat is iets anders dan het risico van zenuwbeschadiging (respectievelijk dwarslaesie), aldus de Hoge Raad, en dus is de omkeringsregel niet van toepassing.

Deze laatste overwegingen zijn inhoudelijk wel *to the point*, maar hun vormgeving is om verschillende redenen minder gelukkig. In de eerste plaats geldt ook hier dat men het ‘in het leven geroepen risico’ ook anders kan formuleren, met de tegenovergestelde uitkomst als gevolg. Men kan met goede grond zeggen dat het ‘risico ter zake van het ontstaan van schade’ dat door schending van de informatieplicht in het leven wordt geroepen, niet het risico betreft dat de patiënt “niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken”

353. Zie het citaat van Vranken in § 11.6 bij voetnoot 363 en mijn eigen commentaar in § 11.9.

(dat is als zodanig niet eens een risico maar is zeker),³⁵⁴ maar het risico *dat een complicatie optreedt die de patiënt ten onrechte niet in zijn besluitvorming heeft kunnen meewegen*. Dat risico heeft zich verwezenlijkt, en dus is de omkeringsregel van toepassing. Ik herhaal hier wat ik aanvoerde naar aanleiding van het Oude Monnick Motors-arrest: de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel bieden geen enkel aanknopingspunt waarom de ene ‘invulling’ meer voor de hand zou liggen dan de andere. De Hoge Raad presenteert zijn eigen invulling ten onrechte als iets vanzelfsprekends.

Voorts kan men, anders dan de Hoge Raad doet, wel degelijk zeggen dat de complicatie die zich in de betreffende casus heeft voorgedaan, kan worden aangemerkt als (het gevolg van) de verwezenlijking van het in het leven geroepen risico. Deze benadering is te vinden in de Conclusie van Advocaat-generaal Hartkamp. Hartkamp vult de formule van de omkeringsregel aldus in dat hij – net als de Hoge Raad – het in het leven geroepen risico kwalificeert als “de onmogelijkheid weloverwogen gebruik te kunnen maken van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt”,³⁵⁵ maar meent – anders dan de Hoge Raad – dat dit risico zich heeft verwezenlijkt wanneer de patiënt, indien hij op de juiste wijze was geïnformeerd, zou hebben afgezien van de voorgestelde ingreep. In casu heeft eiseres niet aanmerkelijk gemaakt dat dit risico zich heeft verwezenlijkt, aldus Hartkamp, om welke reden de omkeringsregel in dit concrete geval niet voor toepassing in aanmerking komt.³⁵⁶

Tot slot valt op dat de Hoge Raad het in het leven geroepen risico formuleert op een wijze die doet afvragen waar het element van onzekerheid in is gelegen, dat toch kenmerkend is voor het begrip ‘risico’. Ik gaf al aan dat de omstandigheid “dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik *kan* maken” eigenlijk helemaal geen ‘risico’ is, maar dat dit *zeker* is, want het is immers zeker dat de daarvoor noodzakelijke informatie niet werd gegeven. En hetzelfde geldt voor de formulering: “het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij *mogelijk* niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was”, want dat het *mogelijk* was dat de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt, is iets waarvan in casu met zekerheid werd uitgegaan.³⁵⁷

Naar mijn mening laat dit deel van beide uitspraken opnieuw zien dat de pretentie dat de letterlijke formulering van de omkeringsregel werkelijk voldoende aanknopingspunten biedt voor de vraag of de omkeringsregel in een concreet geval toepasselijk dient te zijn, beter kan worden losgelaten. Zolang wij aan die pretentie vasthouden, blijven wij verstrikt in wat Kaandorp noemt “een wonderlijk woordenspel”,³⁵⁸ dat alleen maar de aandacht afleidt van de achterliggende overwegingen waar het werkelijk om gaat.

De onzekerheid die daardoor in de hand wordt gewerkt, wordt naar mijn mening treffend geïllustreerd door de omstandigheid waar ook Kaandorp op

354. Zie hierna.

355. Conclusie OM voor het tweede arrest (dwarslaesie na operatie wervelkolom) onder 7.

356. Conclusie OM voor het tweede arrest (dwarslaesie na operatie wervelkolom) onder 8.

357. Ook Kaandorp wijst hierop. Kaandorp, TVP 2002, p. 22 r.k.

358. Kaandorp, TVP 2002, p. 21 r.k.

wijst,³⁵⁹ namelijk dat A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar Conclusie voor het eerste arrest tot de slotsom komt dat de omkeringsregel in dit soort gevallen *niet* kan worden toegepast, terwijl haar collega Hartkamp in zijn Conclusie voor het tweede arrest op basis van dezelfde formulering tot de slotsom komt dat de omkeringsregel in dit soort gevallen *wel* kan worden toegepast, zij het niet in dit concrete geval. Als twee Advocaten-generaal er al niet op gelijke wijze uit kunnen komen, wat betekent dat dan niet voor de ‘gewone’ praktijk?

11.6 REACTIES IN DE LITERATUUR

De arresten zijn nogal kritisch ontvangen. Vranken³⁶⁰ en Kaandorp³⁶¹ menen dat zij onverenigbaar zijn met Dicky Trading II en de daarmee ingezette lijn. Kaandorp wijst vooral op de onhanteerbaarheid van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule die door de nadere invulling door de Hoge Raad is ontstaan, en vreest dat de omkeringsregel te gecompliceerd is geworden voor zowel de praktijk als de rechtspraak.³⁶² Hij vraagt zich af of het niet beter zou zijn om (een combinatie met) alternatieven voor de (gedeeltelijke) omkering van de bewijslast te gebruiken, zoals in het systeem dat A-G De Vries Lentsch-Kostense had voorgesteld.

Vranken kritiseert het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen het risico niet weloverwogen te kunnen kiezen of men een behandeling wil, en het risico dat de behandeling mislukt en leidt tot gebreken:

“Ik vind dit een scherpzinnig onderscheid, aanvankelijk ook inzichtelijk, maar allengs heb ik steeds meer twijfel gekregen of het wel houdbaar is. Mijn gedachtegang is deze: waarop is de weloverwogen keuze die de patiënten op basis van de informatieplicht van de arts volgens de Hoge Raad moeten kunnen maken, gericht? M.i. op niets anders dan op het deugdelijk geïnformeerd kunnen beslissen of zij het risico van een operatie verantwoord achten, met andere woorden of ze zich, door te kiezen voor een operatie, willen blootstellen aan de door de arts geschetste kans op mislukken ervan en de mogelijke gebreken die daarvan het gevolg zijn. Alleen wanneer men het “kunnen maken van een weloverwogen keuze” als een waarde in zichzelf beschouwt en loskoppelt van datgene waarop de keuze betrekking heeft, is het onderscheid dat de Hoge Raad maakt, houdbaar.”³⁶³

Vranken onderkent dat het zelfbeschikkingsrecht dat aan de orde was, inderdaad een waarde in zich zelf is, maar meent dat de verwijzing daarnaar geen rechtvaardiging biedt voor het bedoelde onderscheid. Dit vanwege de vergelijking met de informatieplichten van andere professionele dienstverleners, zoals advocaten, notarissen en banken. Ook die hebben informatieplichten over risico's van handelingen of transacties van hun cliënten, maar die informatieplichten zijn in het algemeen niet dienstbaar aan het zelfbeschikkingsrecht van de cliënten, aldus

359. Kaandorp, TVP 2002, p. 24.

360. Vranken, noot bij informed consent, onder 7.

361. Kaandorp, TVP 2002, p. 23.

362. Kaandorp, TVP 2002, p. 24.

363. Vranken, noot bij informed consent, onder 5.

Vranken. Daarom zou Vranken het ongerijmd vinden wanneer de omkeringsregel jegens hen wél zou gelden, en jegens de artsen niet, want dat zou ertoe leiden dat informatieverzuimen die het zelfbeschikkingsrecht van mensen aantasten, minder zwaar wegen (want niet leiden tot toepassing van de voor hen gunstige omkeringsregel) dan informatieverzuimen die louter of overwegend vermogensrechtelijke gevolgen hebben (want wél leiden tot toepassing van de omkeringsregel). Zo'n verschil is volgens Vranken op geen enkele manier te rechtvaardigen, hetgeen hem tot de conclusie brengt:

“Het is van tweeën één: ofwel zijn de onderhavige beslissingen niet juist en had de Hoge Raad moeten aansluiten bij de met Dicky Trading II ingezette lijn, ofwel is de met Dicky Trading II ingezette lijn achterhaald. Ik ben geneigd het laatste aan te nemen. De reikwijdte van de onderhavige arresten is volgens mij niet beperkt tot artsen, maar strekt zich ook uit tot andere professionele dienstverleners die verzuimen hun cliënten deugdelijk in te lichten over de risico's van bepaalde handelingen of transacties: de omkeringsregel is in beginsel niet van toepassing.”³⁶⁴

De omkeringsregel is dus in beginsel niet van toepassing bij informatieverzuimen van *alle* dienstverleners, zo leidt Vranken uit de beide arresten af. Exit Dicky Trading II. Overigens stemt Vranken op materieelrechtelijke gronden in met de beslissing om de omkeringsregel af te wijzen, omdat anders de aansprakelijkheid van de arts bij schending van het vereiste van informed consent buiten proportie zou worden opgerekt.³⁶⁵

Slabbers meent dat de omkeringsregel wél toepasselijk had moeten worden geacht.³⁶⁶ Het systeem met een verzwaarde stelplicht voor de arts waarvoor de Hoge Raad heeft gekozen, haalt volgens haar in de praktijk zijn doel (bewijslastverlichting voor de patiënt) niet. De omkeringsregel zou kunnen worden doorgetrokken naar het gehele medische aansprakelijkheidsrecht, aldus Slabbers. De hulpverlener heeft het risico gecreëerd van schade en moet dan ook maar het bewijsrisico dragen, en is voor het leveren van bewijs ook de meest gerede partij. Wel zou hierop een uitzondering moeten worden gemaakt in het geval dat de hulpverlener (slechts) aantoonde dat er een reële kans bestond dat de schade ook zou zijn opgetreden zonder de medische fout. In dat geval kan ook een proportionele schadevergoeding worden toegekend.³⁶⁷

11.7 EIGEN WAARDERING VAN DEZE UITSPRAKEN

Ik kritiseerde hiervoor reeds het beroep dat de Hoge Raad doet op de *wortlout* van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule.³⁶⁸ Maar met de beslissing dat de omkeringsregel in dit soort gevallen niet toepasselijk is, stem ik in, al vind ik wel dat er gronden zijn om bij schending van het vereiste van informed consent de

364. Vranken, noot bij informed consent, onder 7.

365. Zie nader § 11.11.

366. Slabbers, TvGr 2002, p. 204, l.k.

367. Slabbers, TvGr 2002, p. 204, r.k.

368. Zie § 11.5.

patiënt op een structurele wijze tegemoet te komen. Met het commentaar van Vranken ben ik het een heel eind eens, maar het onderscheid in de strekking van de geschonden norm waarop de Hoge Raad zijn beslissing baseert, acht ik toch in essentie juist. En Vrankens conclusie over het achterhaald zijn van de Dicky Trading II-lijn deel ik niet. Naar mijn mening bestaat tussen de informatieplicht van de arts ter verkrijging van geïnformeerde toestemming van de patiënt, en de informatieplicht van de notaris in Dicky Trading, wel degelijk een inhoudelijk onderscheid dat het verschil in toepasbaarheid van de omkeringsregel kan rechtvaardigen. Ik werk dit uit in § 11.11.

Zoals in de overwegingen van beide hoven is aangegeven, lijkt het in beide gevallen maar weinig aannemelijk dat de toestemming voor de behandeling bij volledige informatie niet zou zijn gegeven, zodat de eventuele toepasselijkheid van de omkeringsregel in elk geval niet kon worden gegrond op het feitelijk vermoeden dat causaal verband bestaat. Resteert de vraag of er normatieve gronden zijn om de omkeringsregel hier toch toe te passen. Naar mijn mening luidt het antwoord ontkennend. Maar er zijn zwaarwegende argumenten die vóór die toepasselijkheid spreken waarvan wij ons eerst terdege rekenschap dienen te geven.

11.8 BIJ SCHENDING VAN HET VEREISTE VAN INFORMED CONSENT DOEN ZICH ZEER REGELMATIG CAUSALITEITSPROBLEMEN VOOR

In de eerste plaats bestaat bij afwezigheid van informed consent zeer regelmatig onzekerheid over het causaal verband. Indien de arts nalaat om bepaalde risico's van de behandeling met de patiënt te bespreken, en zo'n risico zich vervolgens verwezenlijkt, komt het veel voor dat onduidelijk is of de patiënt, indien hij wél adequaat zou zijn voorgelicht, zijn toestemming aan de behandeling zou hebben onthouden.³⁶⁹ Het gaat hier dus om een norm waarvan de schending zeer regelmatig tot een bewijsvacuüm leidt en waarvan de effectiviteit zeer met bewijslastomkering zou zijn gediend.³⁷⁰ Om deze reden heeft Giesen³⁷¹ ervoor gepleit om de patiënt in dit soort gevallen bij het bewijs van causaal verband tegemoet te komen, hetzij met een 'echte' bewijslastomkering, hetzij door een meer genuanceerde benadering waarin wordt uitgegaan van een door de arts te weerleggen voorlopige aannemelijkheid van causaal verband zodra de patiënt plausibel maakt dat hij vanuit zijn gezichtspunt, als hij ingelicht zou zijn geweest, voor een '*Entscheidungskonflikt*'³⁷² zou hebben gestaan.

Enige tijd geleden is de lagere rechtspraak over het causaal verband bij afwezigheid van informed consent geanalyseerd door De Ridder.³⁷³ De algemene lijn die De Ridder uit de jurisprudentie haalt, is dat een onderscheid bestaat tussen medisch geïndiceerde behandelingen en behandelingen die niet medisch zijn

369. Zie Akkermans (2000), p. 102 e.v.

370. Zie in dit verband echter § 13.7.

371. Zie Giesen (1999), p. 141-142, evenals Giesen, diss., p. 248.

372. Zie Giesen (1999), p. 55.

373. M.J.J. de Ridder, Causaal verband bij informed consent, *TvGr* 2000, p. 353-361. Zie voorts W.R. Kastelein, Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998, *TvGr* 1998, p. 134-146.

geïndiceerd, zoals cosmetische operaties en sterilisaties. Als het gaat om op medische gronden uitgevoerde ingrepen, wordt de stelling van de patiënt dat hij van de behandeling zou hebben afgezien doorgaans niet gevolgd, zo concludeert De Ridder.³⁷⁴ Dat is alleen anders wanneer er veiliger behandelalternatieven voorhanden zijn, in welk geval de rechter de patiënt snel tegemoetkomt.³⁷⁵ Ook bij niet-medisch geïndiceerde behandelingen komt de rechter de patiënt tegemoet door snel aannemelijk te achten dat de patiënt, indien afdoende geïnformeerd, van de behandeling zou hebben afgezien.³⁷⁶

Het beeld verrijst dat in het merendeel van de gevallen de vordering van de patiënt strandt omdat geen causaal verband wordt aangenomen. Dit betekent dat de schending van de informatieverplichting door de arts zonder civielrechtelijke sanctie blijft. Juist omdat het hier, zoals de Hoge Raad ook memoreert, gaat om grondwettelijk gegarandeerde mensenrechten, zoals de eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, is dat een resultaat dat toch op zijn minst een ongemakkelijk gevoel nalaat.

11.9 HET VERBAND TUSSEN HET ZELFBESCHIKKINGSRECHT EN DE RISICO'S VAN DE BEHANDELING

Hier komt bij dat de Hoge Raad de strekking van de informatieplicht van de arts opvallend nauw definieert. Het is juist dat waarborging van het zelfbeschikkingsrecht niet hetzelfde is als bescherming tegen de risico's van de voorgestelde behandeling, maar dat neemt niet weg dat, zoals Vranken mijn inziens terecht betoogt, het één wel nadrukkelijk in het verlengde ligt van het ander. Moeten wij niet aannemen dat de informatieverplichting van de arts *tevens* strekt ter bescherming tegen die risico's, namelijk door de patiënt in staat te stellen om deze risico's desgewenst te vermijden door voor een alternatief te kiezen?

Nu gaf ik al een aantal keren aan dat in het algemeen terughoudendheid moet worden betracht bij een dergelijke veralgemenisering van de strekking van de geschonden norm bij het zoeken naar het toepassingsgebied van de omkeringsregel, omdat zij alle grenzen kan doen vervagen.³⁷⁷ Zo gaat de veralgemenisering die besloten ligt in het Sint-Willibrord-arrest, naar mijn mening duidelijk

374. De Ridder, TvGr 2000, p. 355.

375. De Ridder, TvGr 2000, p. 357.

376. De Ridder, TvGr 2000, p. 357. Een enkele keer is in de lagere rechtspraak over informed consent ook de omkeringsregel aan de orde geweest. Zo werd in Rb. Zwolle 23 april 1997, TvGr 1998/20, de omkeringsregel toegepast in een geval waarin een knieprothese was geplaatst bij een vrouw van 71 jaar oud die onvoldoende was geïnformeerd over de risico's van deze ingreep en over de behandelalternatieven. Er waren hier echter zodanig sprekende omstandigheden van het geval (geen dringende of levensbedreigende situatie, wegens tal van gezondheidsproblemen en slechte algehele conditie verhoogde risico's op infecties en andere complicaties, slechte ervaringen van patiënte met een eerdere ingreep, aanvaardbaar geachte behandelalternatieven) dat ik vermoed dat de rechtbank ook zonder de omkeringsregel tot het oordeel zou zijn gekomen dat voldoende aannemelijk was geworden dat de vrouw, indien adequaat voorgelicht, geen toestemming voor de operatie zou hebben gegeven.

377. Zie mijn bespreking van Beurskens/Notarissen in § 4.6 en van Oude Monnick Motors in § 8.6.

ten koste van de werfkracht van de daar genomen beslissing.³⁷⁸ Maar in de hier besproken context lijkt voor de bedoelde ‘uitbreiding’ een sprekend argument te bestaan: omdat op de schending van de informatieplicht als zodanig geen civielrechtelijke sanctie staat (althans naar geldend recht, zie § 11.14), is de waarborging van het recht op zelfbeschikking ook praktisch gesproken gekoppeld aan de vraag of die schending tot negatieve gevolgen voor de gezondheid van de patiënt heeft geleid. Anders gezegd: als wij de strekking van de informatieplicht *niet* doortrekken naar de bescherming tegen de risico’s van de behandeling, maken wij er een norm van die als zodanig zonder sanctie is. En een sanctieloze norm biedt in werkelijkheid helemaal geen waarborg, noch bescherming. De arts kan niet-informereren zoveel hij wil, pas als zich een van de risico’s verwezenlijkt waarover hij had moeten informeren, dreigt civielrechtelijk een sanctie. Het heeft dan iets kunstmatigs om, zoals de Hoge Raad doet, bij de uitleg van de strekking van de norm de waarborging van het één toch los te koppelen van de bescherming tegen het ander.

11.10 DE PREVENTIEVE WERKING VAN AANSPRAKELIJKHEID

“*The days of paternalistic medicine are numbered*”, schrijft Dieter Giesen in zijn rechtsvergelijkende standaardwerk over medische aansprakelijkheid.³⁷⁹ Het groeiende aantal procedures over informed consent doet echter afvragen of niet toch nog een lange weg te gaan is. Recent onderzoek geeft aan dat nog veel voor verbetering vatbaar is.³⁸⁰ De benodigde cultuuromslag is blijkbaar nog steeds niet helemaal voltooid. In dit verband bestaat naar mijn mening een aanvullend argument om de patiënt tegemoet te komen, namelijk dat het vereiste van informed consent niet alleen een zwaarwegende norm betreft (het grondrecht van zelfbeschikking), maar dat van de civielrechtelijke sanctie van aansprakelijkheid ook een relatief groot preventief effect kan worden verwacht.

Het onvoldoende inlichten van een patiënt over de voorgenomen behandeling heeft namelijk tot op grote hoogte het karakter van een procedurefout. En binnen professionele organisaties zoals de instellingen van gezondheidszorg zijn procedurefouten, méér dan veel andere soorten fouten, in principe terug te brengen tot een absoluut minimum, mits men maar voldoende investeert in een systeem van *checks* en *double-checks*. Dat ligt bijvoorbeeld bij vaardigheidsfouten, zoals fouten bij het snijden door een chirurg, anders. Dat soort fouten zal altijd voor blijven komen, hoeveel men ook in de betreffende vaardigheid investeert.

378. Zie § 6.6.

379. D. Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Mohr, Tübingen / Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1988, rnr. 492, p. 257.

380. Bij onderzoek onder patiënten van Nederlandse ziekenhuizen blijkt de informatievoorziening een belangrijk punt van kritiek. Veel patiënten vinden dat ze onvoldoende informatie kregen over bijwerkingen en behandelalternatieven, onvoldoende konden meebeslissen en behoefte hadden aan meer hulp en steun van hun arts. Bijna de helft van de respondenten wist niet van eventuele behandelingsalternatieven. Zie A.F.C. Janse, J.B.F. Hutten, P. Spreeuwenberg, *Patiënten oordelen over ziekenhuizen II*, rapport van het Nederlands instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (Nivel) en de Consumentenbond, Nivel, Utrecht, 2002, p. 50 e.v. Vgl. het commentaar van J.M. Barendrecht, Een bijsluiter hoort er bij, *NJB* 2002, p. 1281.

Zelfs de meest ervaren beroepschauffeur zal vroeg of laat een verkeersfout maken, maar dat hij zonder ladingpapieren vertrekt, is een procedurefout die binnen een professionele organisatie door preventieve maatregelen verhoudingsgewijs veel verder is terug te brengen.

Past bij het ontwikkelen van rechtsregels die tot uitbreiding van de medische aansprakelijkheid kunnen leiden in het algemeen een bepaalde behoedzaamheid,³⁸¹ bij informed consent hoeven wij naar mijn mening niet per se zo zuinig te doen.

11.11 OMKERINGSREGEL TOCH TERECHT NIET TOEGEPAST

Ondanks al deze argumenten kan ik mij toch vinden in de beslissing van de Hoge Raad om de strekking van de informatieplicht van de arts in deze context beperkt te interpreteren en de omkeringsregel niet toepasselijk te achten. Dit om verschillende redenen die nauw met elkaar samenhangen.

Zoals gezegd meen ik dat de Hoge Raad het in essentie bij het juiste eind heeft, waar hij zich baseert op de overweging dat de verplichting van de arts om de patiënt in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling niet ertoe strekt de patiënt tegen die risico's te beschermen, maar om hem in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor die behandeling zal geven. Naar mijn mening bestaat slechts voldoende normatieve grond voor toepassing van de omkeringsregel wanneer de geschonden norm beoogt te beschermen tegen *specifiek* het soort gevaar dat zich in casu heeft verwezenlijkt. Alleen wanneer dat specifieke, nauwe verband bestaat tussen het beschermingsdoel van de geschonden norm en het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, is het zware middel van de bewijslastomkering op zijn plaats, omdat dit dan als een logisch complement kan worden beschouwd van de beschermende strekking van de norm.³⁸² Omdat bewijslastomkering een relatief zwaar middel is, moeten de grenzen op dit punt streng worden getrokken. De rechtspraak van de Hoge Raad, bijvoorbeeld over verkeersongevallen zoals beschreven in hoofdstuk 9, laat ook zien dat de Hoge Raad dit ook (bijna) altijd doet.

In dit opzicht is de ene informatieplicht de andere niet. Daarin is ook het verschil met Dicky Trading II gelegen. De waarschuwingsplicht van de notaris die daar in het geding was, beoogde de cliënt te beschermen tegen precies het soort risico (gelegen in de eigen onvoorzichtigheid die de doorsnee juridische leek bij het betreffende soort transacties nu eenmaal aan de dag kan leggen) dat zich had verwezenlijkt. Zonder bewijslastomkering zou men dan met de ene hand (de hoofdregel van art. 150 Rv) afdoen aan de bescherming die met de andere hand (de waarschuwingsplicht zelf) wordt gegeven.

De informatieplicht van de arts bij informed consent zaken daarentegen, heeft primair helemaal niet de strekking om te beschermen tegen enig dreigend

381. Vgl. O.A. Haazen en J. Spier in: Bolt en Spier, preadvies NJV, p. 19. Overigens is het pessimistische beeld qua verzekeraarbaarheid, waar deze auteurs zich in sterke mate op baseren, sindsdien weer aanzienlijk opgeklaard.

382. Zie daarover nader § 13.8 en over de wijze waarop de informed consent-arresten kunnen worden begrepen § 14.4.

gevaar of risico, maar dient om het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt te realiseren. De Hoge Raad spreekt weliswaar in termen van ‘risico’, maar omdat het element van onzekerheid hier eigenlijk ontbreekt (niet informeren frustreert *met zekerheid* het zelfbeschikkingsrecht), is dat gekunsteld,³⁸³ en uitsluitend te plaatsen in het kader van de (vruchteloze) pogingen van de Hoge Raad om vast te houden aan de pretentie dat de letterlijke formulering van de omkeringsregel voldoende aanknopingspunten biedt voor de vraag of deze regel in een concreet geval toepasselijk dient te zijn. Dat de frustratie van dit zelfbeschikkingsrecht als zodanig geen recht op schadevergoeding oplevert, maar dit slechts doet wanneer deze schending op haar beurt weer tot gezondheidsschade heeft geleid, is een eigenaardigheid van het geldende recht die eventueel verholpen kan worden (zie § 11.14), maar maakt niet dat toepassing van de omkeringsregel is geboden om de effectiviteit van deze indirecte bescherming te waarborgen, althans niet tegen een feitelijk vermoeden van afwezigheid van causaal verband met de gezondheidsschade in.³⁸⁴ Enerzijds zou die indirecte bescherming toch grotendeels ineffectief blijven (want frustratie van het zelfbeschikkingsrecht blijft nog steeds zonder sanctie zolang de mogelijke complicaties, waarover geïnformeerd had moeten worden, uitblijven), en anderzijds zou die toepassing, zoals ook Vranken schrijft, zijn doel voorbijschieten:

“Een andere beslissing [de omkeringsregel toepasselijk, A]A] zou m.i. de aansprakelijkheidsnorm buiten proportie hebben opgerekt en de arts erg kwetsbaar hebben gemaakt voor aanspraken van patiënten, ook chicaneuze.”³⁸⁵

Naar mijn mening is juist de omstandigheid dat het bij toepassing van de omkeringsregel op de vraag of de patiënt, indien adequaat geïnformeerd, zijn toestemming zou hebben onthouden, niet om het primaire doel van de geschonden norm gaat (het grondrecht van de zelfbeschikking), maar om een eventueel vervolgsgebeuren (het mislukken van de behandeling en de gebreken die daar het gevolg van zijn), een belangrijke reden waarom die toepasselijkheid zijn doel voorbij zou schieten. Vranken heeft op zich weliswaar gelijk als hij stelt dat informatieverzuimen die het zelfbeschikkingsrecht aantasten, zwaarder zouden moeten wegen dan informatieverzuimen die dat niet doen, maar toepassing van de omkeringsregel op de vraag of de patiënt zijn toestemming zou hebben onthouden is niet het juiste middel om de sanctionering van deze aantasting te verstevigen. Dit omdat het ‘aangrijpingspunt’ van deze sanctionering niet die schending is, maar de eventuele verder gelegen gevolgen daarvan die als zodanig niets met het grondwettelijke zelfbeschikkingsrecht te maken hebben.

Dat het voor de vraag of de toepasselijkheid van de omkeringsregel op zijn plaats is, niet maatgevend is of een informatieverzuim al of niet het zelfbeschikkingsrecht aantast, maar of de geschonden norm beoogt te beschermen tegen specifiek het soort gevaar dat zich in casu heeft verwezenlijkt, laat zich ook illustreren aan de hand van het onderscheid dat Vranken maakt tussen de infor-

383. Zie eerder § 11.5 in de tekst bij voetnoot 357.

384. Zie over de samenhang tussen deze aspecten § 14.3 t/m § 14.5.

385. Vranken, noot bij informed consent, onder 11.

matieplicht ten behoeve van het informed consent en de plicht van artsen om hun patiënten in te lichten over het natraject van een medische behandeling, zoals de voorzichtigheid die ze moeten betrachten of het zich onthouden van bepaalde gedragingen. Stel dat de arts verzuimt de patiënt erop te wijzen dat hij zich na de behandeling aan een bepaald gedragspatroon moet houden om het risico van het ontstaan van trombose³⁸⁶ tegen te gaan, en trombose ontstaat, dan lijkt het mij voor weinig twijfel vatbaar dat de omkeringsregel voor toepassing in aanmerking komt. Ook Vranken sluit dat bij dit soort informatieplichten niet uit.³⁸⁷ Of het betreffende informatieverzuim gekwalificeerd kan worden als een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, lijkt daarvoor niet relevant. Wat toepassing van de omkeringsregel in dit voorbeeld aanvaardbaar maakt is dat de geschonden norm beoogt te beschermen tegen specifiek het soort gevaar (het ontstaan van trombose) dat zich in casu heeft verwezenlijkt.

11.12 TEGEMOETKOMING AAN DE NIET-GEÏNFORMEERDE PATIËNT OP ANDERE WIJZE

Naar mijn mening bestaat in de hier besproken arresten dus een onvoldoende nauw verband tussen het specifieke beschermingsdoel van de geschonden norm en het evenement waarvoor de patiënt schadeloosstelling vordert, om de toepassing van het relatief zware middel van de omkeringsregel op normatieve gronden te kunnen rechtvaardigen.³⁸⁸ In casu was er ook geen aanleiding voor een feitelijk vermoeden van causaal verband.³⁸⁹ Per saldo was toepassing van de omkeringsregel dus niet op zijn plaats.

Dat neemt niet weg dat, zoals hiervoor toegelicht, er sprekende gronden zijn om bij schending van het vereiste van informed consent de patiënt tegemoet te komen. Ook zonder de omkeringsregel blijft daarvoor nog een arsenaal aan instrumenten over. De door de Hoge Raad aangenomen verzwaarde stelplicht van de gedaagde is er daar één van, andere mogelijkheden zijn feitelijke vermoedens, voorshandse aannemelijkheid en (gedeeltelijke) bewijslastverlichting. Naar mijn mening kan onder omstandigheden ook een bevredigende oplossing worden bereikt door een proportionele aansprakelijkheid aan te nemen.³⁹⁰ In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in.

Ook is het denkbaar om het daarnaast over een heel andere boeg te gooien. Men kan ook de redenering van de Hoge Raad consequent doortrekken en de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt *als zodanig* van de civielrechtelijke sanctie van aansprakelijkheid voorzien. Dat lijkt nog het meest recht door

386. Ik geef trombose als voorbeeld om aan te sluiten bij het in het vorige hoofdstuk besproken arrest MCL/In 't Hout. Mogelijk is het medische onzin, maar dat doet aan het argument niet af.

387. Vranken, noot bij informed consent, onder 8.

388. Zie in dit verband ook hetgeen wordt aangevoerd in § 14.6 en § 14.7.

389. Zie over de samenhang met normatieve overwegingen § 14.3 t/m § 14.5.

390. Anders: Giesen (1999), p. 145, die de “gedeeltelijke bescherming” die proportionele aansprakelijkheid hier biedt, niet voldoende acht en daarom de voorkeur geeft aan (een door de leer van het *Entscheidungskonflikt* verfiende) bewijslastomkering.

zee als wij recht willen doen aan het zwaarwegende karakter van het zelfbeschikingsrecht. Dit alternatief zal ik kort toelichten in § 11.14.

11.13 PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID

Op het terrein van de medische fouten lijkt de proportionele aansprakelijkheid de laatste jaren ook in ons land vaste grond onder de voeten te hebben gekregen.³⁹¹ Althans wat de lagere rechtspraak betreft, de Hoge Raad heeft zich over proportionele aansprakelijkheid op dit terrein nog niet uit kunnen laten.³⁹² Voorzover de rechter zich al bekommert over de dogmatische grondslag voor deze oplossing, refereert hij veelal aan het leerstuk van het verlies van een kans.³⁹³ Verschillende schrijvers,³⁹⁴ onder wie ikzelf,³⁹⁵ hebben ervoor gepleit om deze benadering ook toe te passen bij schending van het vereiste van informed consent. In landen als Frankrijk³⁹⁶ en België³⁹⁷ gebeurt dat ook wel. In Nederland heeft de overheidsrechter deze oplossing, voorzover bekend, nog niet toegepast.

Wel heeft de Geschillencommissie Ziekenhuizen al eens voor een dergelijke oplossing gekozen.³⁹⁸ Het ging daar om een patiënte die ten onrechte niet was geïnformeerd over het risico van darmperforatie dat is verbonden aan een sterilisatie,³⁹⁹ en die stelde dat zij wellicht van de ingreep had afgezien of voor een andere wijze van sterilisatie had gekozen, wanneer zij wél over dit risico was geïnformeerd. De Geschillencommissie overwoog dat de patiënte wellicht van de ingreep had afgezien, maar dan weer met andere bezwaren rekening had moeten houden, waaronder een grotere kans op zwangerschap. Per saldo achtte de Geschillencommissie een vergoeding van twee derde van de als gevolg van de darmperforatie geleden schade gerechtvaardigd.

Ik stel voorop dat ik verwacht dat de rechter in veel gevallen met een aanvaardbare mate van zekerheid de knoop zal kunnen doorhakken over de vraag of de patiënt, indien adequaat geïnformeerd, zijn toestemming zou hebben gege-

391. Zie Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1996, 213; Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406; Hof Arnhem 24 juni en 14 december 1999, NJ 2000, 742, Rb. Zwolle 31 mei 2000, NJkort 2000, 89; Rb. Den Haag 12 juli 2000, VR 2001, 20; Rb. Leeuwarden 12 juli 2000, TvGr 2001/13. Zie voorts Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, VR 1999, 44.

392. Vgl. HR 17 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs) voor het verlies van een kans op het afsluiten van een gunstig contract, en HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 voor proportionele schadevergoeding bij de beroepsfout van een advocaat. Zie over deze en andere toepassingen Akkermans (2000), p. 106 e.v.

393. Zie daarover Akkermans, diss., p. 107 e.v.

394. Zie De Ridder, AA 1995, p. 550-551; De Ridder, TvGr 2000, p. 360; Slabbers, TvGr 2002, p. 204 r.k.

395. Zie Akkermans (2000), p. 102-103; Akkermans, diss., p. 213.

396. Cass. Civ. 1re 5 november 1974, Bull. Civ. 1974 I nr. 291; JCP 1974 IV 417. Voor een beschrijving van de casus zie De Ridder, AA 1995, p. 550-551.

397. Rb. Leuven 10 februari 1988, TBBR 1998, 163. Voor een beschrijving van de casus zie M. Faure, Het verlies van een kans in België, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 161-196 (op p. 179).

398. Geschillencommissie Ziekenhuizen 25 november 1999, TvGr 1999/54.

399. De andere klachten van patiënte werden door de Commissie ongegrond verklaard.

ven. De gezichtspunten die de Hoge Raad noemt, laten zien dat de rechter ook niet met volledig lege handen staat. Blijft echter zodanige twijfel bestaan dat noch het aannemen, noch het afwijzen van causaal verband echt bevredigend is, dan staat niets aan een proportionele oplossing in de weg.

11.14 SCHADEVERGOEDING WEGENS DE SCHENDING VAN HET ZELFBESCHIKKINGSRECHT ALS ZODANIG

Zoals gezegd kan men het zwaarwegende karakter van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt ook nog op een andere manier recht doen, namelijk door deze inbreuk als zodanig van de civielrechtelijke sanctie van aansprakelijkheid te voorzien. Dat kan door deze inbreuk te kwalificeren als een ‘aantasting in de persoon’ in de zin van artikel 6:101 lid 1 sub b BW, en op grond van deze inbreuk een naar billijkheid vast te stellen vergoeding toe te kennen voor immateriële schade. Dit is onder meer bepleit door Verheij⁴⁰⁰ en Giesen.⁴⁰¹

De vraag is dan wanneer sprake is van een voldoende ernstige aantasting in de persoon om aan te nemen dat vergoedbare immateriële schade werd geleden.⁴⁰² Ik stel voorop dat de Hoge Raad op dit punt een terughoudende positie lijkt in te nemen. Zo besliste hij kortgeleden nog dat een vordering tot vergoeding van immateriële schade bij *Wrongful birth* naar het recht van vóór 1 januari 1992 slechts voor toewijzing in aanmerking komt, indien sprake is van geestelijk letsel.⁴⁰³ De hier te bespreken mogelijkheid lijkt dus normaal gesproken alleen in beeld te komen voorzover artikel 6:106 lid 1 sub b BW ten opzichte van het oude recht een verruiming biedt.⁴⁰⁴ Daarvan uitgaande zijn voor het antwoord op de zojuist gestelde vraag ten minste drie varianten denkbaar.

Een eerste, terughoudende variant is om ervan uit te gaan dat alleen sprake is van een voldoende ernstige aantasting van de persoon wanneer de risico's, waarover ten onrechte niet was geïnformeerd, zich ook hebben verwezenlijkt, hoewel aangenomen moet worden dat de patiënt, indien adequaat voorgelicht, zijn toestemming niet zou hebben onthouden. Dus alleen immateriële schade wegens inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht wanneer er ook gezondheidsschade is ontstaan, ook al bestaat er geen causaal verband tussen deze gezondheidsschade en de inbreuk.

Deze benadering is te vinden in een arrest van het Hof Amsterdam.⁴⁰⁵ Het ging om een patiënt die door een bloedtransfusie in het AMC besmet was geraakt met het hepatitis C virus. Als gevolg daarvan was een levercirrose ontstaan, wat leidde tot de vorming van spataderen in de slokdarm, waaruit een bloeding ontstond. De patiënt vorderde in kort geding een voorschot op de (immateriële) schade die hij als gevolg van de besmetting met het hepatitis C virus had geleden.

400. A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. VU 2002), *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2002, p. 512 e.v.

401. Giesen (1999), p. 82.

402. Zie over deze vraag in het algemeen Verheij, diss., p. 487 e.v.

403. HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 132 (KUN/X).

404. Zie in dit verband de uitvoerige Conclusie van A-G Spier voor het arrest.

405. Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGr 1998/48.

De president en het hof oordeelden dat het AMC de patiënt ten onrechte niet had geïnformeerd over de complicaties die kunnen ontstaan als gevolg van een levercirrose, waaronder spataderen en bloedingen in de slokdarm (voor het overige viel het AMC niets te verwijten, zo begrijp ik uit het arrest). Het hof stelt voorop dat niet aannemelijk is geworden dat, indien de patiënt wél over die complicaties zou zijn geïnformeerd, slokdarmbloedingen bij hem hadden kunnen worden voorkomen. Derhalve kon er evenmin van uit worden gegaan dat de tekortkoming van het AMC tot lichamelijk letsel bij de patiënt had geleid, aldus het hof, dat vervolgt:

“Het voorgaande neemt evenwel niet weg, dat door bedoelde tekortkoming aan A. onnodig leed is berokkend, zoals de president terecht heeft overwogen. In de eerste plaats is aannemelijk geworden, dat zijn gevoelens door de voor hem volstrekt onverwacht gekomen eerste bloeding ernstig zijn geschokt en – naar voorts moet worden aangenomen – in ernstiger mate dan wanneer hij over de in zijn geval bestaande verhoogde kans op slokdarmspataderen en als mogelijk gevolg daarvan optredende bloedingen was geïnformeerd. Bovendien is A. door het achterhouden van de hier bedoelde informatie in zijn zelfbeschikkingsrecht en daardoor in zijn persoon aangetast.”⁴⁰⁶

Het vonnis van de president, waarin een voorschot werd toegekend van f 10.000 als vergoeding van immateriële schade als gevolg van het betreffende informatieverzuim, wordt door het hof bekrachtigd.

Een volgende variant gaat een stap verder en keert de vereisten als het ware om. In deze variant wordt alleen aangenomen dat sprake is van een voldoende ernstige aantasting van de persoon wanneer aannemelijk wordt dat de patiënt zijn toestemming zou hebben onthouden, terwijl anderzijds niet nodig is dat de behandeling tot gezondheidsschade heeft geleid. Dus alleen immateriële schade wegens inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht wanneer komt vast te staan dat de patiënt zijn toestemming zou hebben onthouden, ook wanneer de risico's waarover ten onrechte niet was geïnformeerd, zich niet hebben verwezenlijkt. Het is deze benadering die is bepleit door Verheij en Giesen.⁴⁰⁷

De meest vergaande variant is nog om aan te nemen dat een recht op vergoeding van immateriële schade bestaat op de enkele grond dat het zelfbeschikkingsrecht door het onthouden van informatie is geschonden, dus ook wanneer toestemming zou zijn gegeven en geen gezondheidsschade is ontstaan. In Duitsland is deze benadering wel verdedigd in de literatuur,⁴⁰⁸ en toegepast in een zeer omstreden vonnis van het Oberlandesgericht Jena, waarin het ging om de *Ausräumung einer Fehlgeburt*.⁴⁰⁹ Naar Common Law is in deze situatie onder bijzondere omstandigheden een bepaalde actie⁴¹⁰ mogelijk op basis van de *tort of battery*.⁴¹¹

406. R.o. 4.2.17.

407. Zie Verheij, diss., p. 513, resp. Giesen (1999), p. 82.

408. Zie RGRK-Nüssgens, § 823, Anh. II, Rdnr. 154. Voor een beknopt overzicht van de discussie in Duitsland zie H.J. Kullmann, Schadensersatzpflicht bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht bzw. des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ohne Entstehung eines Eingriffsschadens, *Versicherungsrecht* 1999, p. 1190-1192.

409. OLG Jena 3 december 1997, VersR 1998, 586 m. Anm. Terbille in VersR 1999, 235.

410. Namelijk voor 'nominal', en niet voor 'compensatory' damages. Het gaat dus om schadevergoeding met een sterk symbolisch karakter.

De eerste en de tweede variant lijken mij onder omstandigheden begaanbare wegen, met de kanttekening dat niet elke schending van het vereiste van informed consent mij voldoende ernstig lijkt om als een ‘aantasting van de persoon’ in de zin van artikel 6:106 BW te kwalificeren. Dat hangt mede af van de aard van de informatie en de keuze die de patiënt werd onthouden, en de overige omstandigheden van het geval. De laatste variant lijkt mij in principe te ver gaan, althans buiten moeilijk voorstelbare situaties zoals opzet en zeer grove bruuskering van het zelfbeschikkingsrecht. Behalve bij dat soort extremen lijkt mij dat ook de betrokken patiënten zelf in dit soort gevallen niet snel aan een schadevergoedingssclaim zullen denken. Het zelfbeschikkingsrecht moge hier inderdaad zijn geschonden, ondanks het grondwettelijke karakter daarvan lijkt mij de daardoor geleden schade in het algemeen toch te veel *de minimis* om daarvoor de weg naar de burgerlijke rechter open te stellen. Voor de patiënt die zijn gram wil halen, staat altijd nog de weg naar de tuchtrechter open. Ik sluit niet uit dat de maatschappelijke ontwikkelingen dit in de toekomst anders zullen doen zijn, maar vooralsnog zijn wij hier naar mijn mening niet aan toe.

411. Namelijk wanneer informed consent ontbrak met betrekking tot “the basic nature and character of the treatment”, in tegenstelling tot “collateral risks”. Zie Giesen, *Malpractice Law*, rnr. 697, p. 352.

12 De achtergronden van de omkeringsregel: de bewijslastverdeling met betrekking tot schade en causaal verband

12.1 INLEIDING

In de voorafgaande hoofdstukken liep ik reeds herhaaldelijk vooruit op wat ik zie als de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel. Ik meen dat die rechtvaardiging is gelegen in het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de geschonden norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt, eventueel aangevuld met een feitelijk vermoeden van causaal verband.⁴¹² Dat nauwe verband kan aanleiding geven om de effectiviteit van de norm door middel van een tegemoetkoming aan de bewijsproblemen van de benadeelde te versterken. In de volgende hoofdstukken zal ik dit nader toelichten en uitwerken. Maar eerst is het nodig om het blikveld te verruimen. De jurisprudentie van de Hoge Raad over de omkeringsregel moet naar mijn mening worden begrepen tegen de achtergrond van een veel bredere tendens in de rechtspraak om de benadeelde tegemoet te komen bij het bewijs van schade en causaliteit, wanneer het bestaan van een aansprakelijkheidsgrond reeds vaststaat. In dit hoofdstuk zal ik die tendens trachten bloot te leggen. Mijn conclusie zal zijn dat de hoofdregel van artikel 150 Rv de rechtswerkelijkheid op dit gebied niet langer goed weergeeft, en dat voor het *gehele* terrein van het bewijs van schade en causaal verband een bepaalde uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 Rv kan worden geformuleerd. De omkeringsregel moet dan worden begrepen als een verbijzondering van die algemene uitzondering: de algemene uitzondering geldt altijd, de omkeringsregel slechts in speciale gevallen.

12.2 BEWIJSLASTVERLICHTING EN BEWIJSLASTOMKERING BIJ HET BEWIJS VAN CAUSAAL VERBAND EN VAN SCHADE: OPVALLENDE OVEREENKOMSTEN

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 4 kan de onzekerheid die inzet is van de bewijslastverdeling bij de omkeringsregel zowel onder de noemer 'schade' als onder de noemer 'causaliteit' aan de orde worden gesteld, al ligt de ene benadering soms meer voor de hand dan de andere. Nemen wij zowel de rechtspraak over het bewijs van schade⁴¹³ als over het bewijs van causaal verband⁴¹⁴ in ogenschouw, dan vallen grote overeenkomsten op. Net als bij causaal verband rust de bewijslast ten aanzien van het bestaan van schade volgens de hoofdregel van artikel 150

412. Resp. van het bestaan van schade.

413. Zie het rechtspraakoverzicht in Onrechtmatige Daad (oud) II (Bloembergen) nr. 166 en in Schadevergoeding (Lindenbergh) Art. 97, aant. 16.

414. Zie het rechtspraakoverzicht in Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 14.

Rv in beginsel op de benadeelde. Maar net als bij causaal verband wordt ook hier op dit uitgangspunt regelmatig een uitzondering gemaakt op grond van feitelijke vermoedens, dus niet bij wijze van algemene regel maar op ad hoc basis. De rechter pleegt regelmatig aan te nemen dat uit de wanprestatie of onrechtmatige daad reeds ‘uit de aard der zaak’ schade voortvloeit, en dan is het aan de gedaagde om aan te tonen dat dit in het gegeven geval niet opgaat en hier geen schade is geleden.⁴¹⁵ Daarbij speelt soms expliciet, en vaak impliciet, een rol dat de gestelde schade een typisch gevolg is van de normschending. Er lijkt een vloeiende lijn te bestaan met bewijslastverlichting, waarmee ik bedoel de aanname van het bestaan van schade op basis van feitelijke vermoedens zonder expliciete toelating van de gedaagde tot het bewijs van het tegendeel (omdat dit praktisch gesproken toch niet aan de orde is, niet is aangeboden, enz.). Ook in dit opzicht bestaat grote overeenkomst met het bewijs van causaal verband: ook wanneer *conditio sine qua non*-verband wordt aangenomen op grond van feitelijke vermoedens komt de mogelijkheid van tegenbewijs lang niet altijd expliciet aan de orde.⁴¹⁶

12.3 DE GEMEENSCHAPPELIJKE FACTOR: DE OBJECTIEVE ONMOGELIJKHEID VAN SLUITEND BEWIJS VAN DE VERGELIJKINGSHYPOTHESE

Op beide terreinen komt de rechter de benadeelde dus zeer geregeld in zijn bewijslast tegemoet. Ik meen dat noch deze overeenkomst, noch dit tegemoetkomen toevallig is. Zij hangen samen met de aard van de gemeenschappelijke factor van schade en causaliteit, namelijk de noodzaak om een vergelijking te maken met de toestand zoals die zou zijn geweest wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Of het nu gaat om het vaststellen van *conditio sine qua non*-verband of van schade, in beide gevallen moet een ‘wegdenkoefening’ worden uitgevoerd met dezelfde alternatieve gang van zaken als vergelijkingspunt. Dat vergelijkingspunt is niet de toestand zoals die zonder het aansprakelijkheidscheppende feit was, maar zoals die zonder dat feit *zou zijn geworden*.⁴¹⁷ Niet een historische toestand dus, die werkelijk ooit heeft bestaan, maar een hypothese, een veronderstelling van ons denken. Ik zal in dit verband kortweg spreken van de ‘vergelijkingshypothese’.

In veel gevallen levert dit geen bijzondere problemen op, maar kenmerkend voor de situaties waarover het hier gaat, is dat die vergelijkingshypothese zich niet met zekerheid laat bepalen. Het kan zijn dat de situatie van de benadeelde zich in dezelfde ongunstige zin zou hebben ontwikkeld, maar zeker is dat niet. Ongeacht of men de kwestie nu benadert als een causaliteitsprobleem dan wel als een schadeprobleem, het is dezelfde vergelijkingshypothese waarover de onzekerheid bestaat.

Dit heeft grote consequenties voor de mogelijkheid tot het leveren van bewijs. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Dat is zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar het is niet mogelijk om een hypothetische situatie vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werke-

415. Asser-Hartkamp I, nr. 416; Schadevergoeding (Lindenbergh) Art. 97, aant. 9.

416. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 14.

417. Zie Akkermans (2000), p. 91-94; Bloembergen, diss., p. 17-18.

lijk heeft plaatsgevonden. Bij hypothetische gebeurtenissen gaat het niet om ‘feiten’ die in principe kunnen worden ‘bewezen’, maar slechts om veronderstellingen, waaraan, in de gevallen waarover het hier gaat, slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen.⁴¹⁸

12.4 BIJ HET BEWIJS VAN DE VERGELIJKINGSHYPOTHESE WORDT DE BENADEELDE STRUCTUREEL TEGEMOETGEKOMEN

Het recht houdt hier op verschillende manieren rekening mee. In de eerste plaats door de drempel voor het bewijs van de vergelijkingshypothese laag te leggen.⁴¹⁹ Zowel voor het bewijs van *conditio sine qua non*-verband als voor het bewijs van schade wordt geen absolute zekerheid vereist, maar slechts ‘een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de schade niet ook ingetreden zou zijn zonder de desbetreffende gebeurtenis’,⁴²⁰ respectievelijk ‘dat voldoende feiten komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid’.⁴²¹ Formeel gaat het hier om verschillende criteria, maar ik durf de stelling aan dat zij in de praktijk op hetzelfde neerkomen. In het verlengde hiervan komt de rechter, zoals wij zagen, de benadeelde zeer regelmatig tegemoet door op grond van feitelijke vermoedens het bestaan van *conditio sine qua non*-verband of schade aan te nemen, al dan niet met toelating van de gedaagde tot het bewijs van het tegendeel.

Nu geldt het eerste (de drempelverlaging) in het algemeen, en geschiedt het tweede (het tegemoetkomen op grond van feitelijke vermoedens) formeel op ad hoc basis, maar wanneer men de rechtspraak in zijn geheel overziet, verrijst daaruit het beeld dat de rechter de benadeelde eigenlijk *bijna altijd wanneer het er werkelijk toe doet*, tegemoetkomt bij het bewijs van schade en *conditio sine qua non*-verband. Zodra vaststaat dat jegens de benadeelde een wanprestatie of

418. Dit onderscheid is vrij fundamenteel. Filosofisch gesproken gaat het hier om het verschil tussen *ontische* en *epistemische* onzekerheid. Enerzijds kan de bron van onzekerheid in de dingen zelf liggen. We hebben dan te maken met ontische onzekerheid, ook wel ‘objectieve’ onzekerheid genoemd. Anderzijds kan onzekerheid te wijten zijn aan een gebrek aan kennis of aan tekortkomingen in onze kennisverwerving. Er is dan sprake van epistemische onzekerheid, ook wel cognitieve, methodische, of subjectieve onzekerheid genoemd. In de praktijk is echter niet altijd uit te maken met welk van beide vormen van onzekerheid men te doen heeft, en doen zich ook mengvormen voor. Zie P.P. Kirschenmann, *Onzekerheid en risico in wetenschap, maatschappij en ethiek* (afscheidsrede VU 2001), VU uitgeverij, Amsterdam, 2001, p. 3-4.

419. Hiertegen zou men kunnen inbrengen dat het in het civiele geding nooit om het leveren van ‘wiskundig’ bewijs gaat, maar om het overtuigen van de rechter. De rechter dient in het algemeen slechts ‘een redelijke mate van zekerheid’ te krijgen over het bestaan van bepaalde feiten. Zie Asser (1992), p. 14. Wat precies ‘een redelijke mate van zekerheid’ is, kan echter variëren. Uit de rechtspraak verrijst duidelijk het beeld dat, zodra aansprakelijkheid eenmaal vaststaat, bij het bewijs van schade en causaal verband in het algemeen eerder aan de vereiste mate van zekerheid is voldaan dan in andere gevallen (bijvoorbeeld het bewijs van de aansprakelijkheidsscheppende wanprestatie of onrechtmatige daad). In dezelfde zin (althans voor wat betreft het bewijs van schade, maar ook volgens hem ‘doorwerkend’ naar het bewijs van causaal verband): Giesen, diss., p. 116 en voetnoot 33.

420. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 13.1.

421. Zie Schadevergoeding (Lindenbergh) Art. 97, aant. 16 en Onrechtmatige Daad (oud) II (Bloembergen) nr. 166.

onrechtmatige daad werd gepleegd, maar hij bewijsproblemen ondervindt met betrekking tot schade of *conditio sine qua non*-verband welke ‘uit de aard der zaak’ voortvloeien (en dus niet in bijzondere, voor zijn risico komende omstandigheden zijn gelegen), lijkt de rechter telkens bereid te zijn om hem op een of andere wijze in zijn bewijsnood tegemoet te komen.

Deze tendens is ook herkenbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de eerste plaats kan hier uiteraard worden gewezen op de omkeringsregel waaraan immers een algemene betekenis is toegekend. Een ander voorbeeld is het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef,⁴²² dat in § 4.3 al kort aan de orde kwam. Het ging daar om het causaal verband tussen een verkeersongeval veroorzaakt door de verzekerde van Zwolsche Algemeene en de arbeidsongeschiktheid van De Greef in verband met door hem ondervonden whiplashklachten.⁴²³ Het hof overwoog:

“Ofschoon iemand die stelt schade te lijden in het algemeen die schade aannemelijk dient te maken, brengt de omstandigheid dat het hier gaat om een syndroom waarvan algemeen bekend is dat dit moeilijk of slechts in beperkte mate tot concreet waarneembare medische stoornissen valt te herleiden, met zich mede dat de eisen die aan het bewijs kunnen worden gesteld niet al te hoog dienen te zijn. Het komt dan – tot op zekere hoogte – voor risico van de veroorzaker van het ongeval dat het oorzakelijke verband tussen ongeval en klachten zich niet rechtstreeks laat aantonen en dat de klachten evenmin te herleiden zijn tot medisch vaststelbare afwijkingen.”⁴²⁴

Het hof laat de bewijslast inzake het causaal verband bij De Greef,⁴²⁵ maar oordeelt op basis van bovenstaande bewijslastverlichting dat dit verband voldoende is komen vast te staan. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand:

“Het Hof heeft in overeenstemming met zijn in cassatie niet bestreden uitgangspunt dat in een geval als het onderhavige (een post whiplash syndroom) niet al te hoge eisen aan het bewijs van het oorzakelijke verband tussen het ongeval en de gezondheidsklachten kunnen worden gesteld, tot uitdrukking gebracht dat het ontbreken van een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten in die zin voor risico van de veroorzaker van het ongeval komt, dat dit niet in de weg staat aan het oordeel dat het bewijs van het oorzakelijk verband geleverd is.”⁴²⁶

422. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

423. Voor de casus zie in § 4.3 de tekst bij voetnoot 137.

424. R.o. 14.

425. Het middel klaagde in de eerste plaats dat het hof met de geciteerde overweging het bewijsrisico geheel of gedeeltelijk op Zwolsche Algemeene had gelegd, hetgeen rechtens onjuist zou zijn. Het hof had de bewijslast echter duidelijk bij De Greef gelaten, aldus de Hoge Raad, zodat dit onderdeel feitelijke grondslag miste (r.o. 3.5.1). Evenzo A-G Bakels in zijn Conclusie voor het arrest (nr. 2.4), die daarbij opmerkt dat zijns inziens de omkeringsregel had moeten worden toegepast (in voetnoot 5). Over die omkeringsregel laat de Hoge Raad zich niet uit. Zie over de toepasselijkheid van de omkeringsregel op het verband tussen een ongeval en whiplashklachten § 14.6.

426. R.o. 3.5.1.

Aan het bewijs van causaal verband worden dus lagere eisen gesteld *omdat* dit bewijs in de categorie gevallen waar het om gaat (whiplash) nu eenmaal moeilijk is te leveren. Het is vooral deze motivering (die in de beslissing van het hof duidelijker naar voren komt dan in het arrest van de Hoge Raad) die maakt dat het belang van dit arrest de bewijslast bij het causaal verband bij whiplash overstijgt. Als uit ‘de aard der zaak’ voortvloeiende bewijsmoeilijkheden redengevend kunnen zijn voor bewijslastverlichting bij whiplash, waarom dan niet ook in andere gevallen?⁴²⁷

Op het gebied van het bewijs van schade heeft de Hoge Raad een bepaalde bewijslastverlichting aangenomen waaraan nog duidelijker een algemeen betekenis toekomt. Dat gebeurde in het arrest Vehof/Helvetia,⁴²⁸ dat eveneens al in § 4.3 ter sprake kwam.⁴²⁹ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat:

“aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.”⁴³⁰

Deze overweging heeft betrekking op het bewijs van arbeidsvermogensschade, maar de gegeven motivering geeft hieraan een veel bredere betekenis. Zoals gezegd dienen vragen van schade en *conditio sine qua non*-verband altijd te worden beantwoord aan de hand van de vergelijkingshypothese. Die is naar haar aard nooit vatbaar voor bewijs in de zin van kenbaarheid, maar bestaat per definitie uit veronderstellingen, zij het met soms een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheidsgraad. Maar wanneer die waarschijnlijkheidsgraad door omstandigheden wezenlijk minder is dan 99%, dan is dat in zekere zin altijd ‘omdat’ de aangesproken partij de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om over de vergelijkingshypothese zekerheid te verschaffen.

Op grond van het argument van de Hoge Raad kan de bewijslast bij het bewijs van schade en *conditio sine qua non*-verband dus *altijd* worden verlicht. Voorwaarden zijn slechts (1) dat aansprakelijkheid (althans een aansprakelijkheidsgrond) vaststaat, en (2) dat de bewijsmoeilijkheden van de benadeelde samenhangen met het hypothetische karakter van de vergelijkingshypothese, en niet zijn gelegen in andere, bijzondere omstandigheden, die voor zijn risico komen.

Ik meen dat deze algemene bewijslastverlichting zich inderdaad in de rechtspraak over schade en causaal verband laat ontwaren. De rechter presenteert zijn

427. Ik benadruk dat ik hier uitsluitend situaties op het oog heb waarin (1) de aansprakelijkheidsgrond vaststaat, en (2) de bewijsmoeilijkheden van de benadeelde samenhangen met het hypothetische karakter van de vergelijkingshypothese, en niet zijn gelegen in andere, bijzondere omstandigheden die voor zijn risico komen.

428. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

429. Voor de casus zie in § 4.3 de tekst bij voetnoot 133.

430. R.o. 3.5.2.

beslissingen daarover weliswaar doorgaans als gebaseerd op de omstandigheden van het geval, maar welbeschouwd is er een structurele achtergrond: de inherente onbewijsbaarheid van de vergelijkingshypothese. Gaat deze bewijslastverlichting zover dat het uitgangspunt van artikel 150 Rv op dit terrein de facto zijn status als hoofdregel heeft verloren? Zoals gezegd meen ik dat dit inderdaad het geval is, en dat voor het gehele terrein van het bewijs van schade en causaliteit een bepaalde uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 kan worden geformuleerd. Maar voordat ik daartoe een poging onderneem, zal ik eerst de betekenis van het argument van de Hoge Raad uit *Vehof/Helvetia* nader onder de loep nemen.

12.5 DE DADER HEEFT HET GEDAAN: GEEN NORMATIEVE GROND VOOR BEWIJSLASTOMKERING, WEL VOOR EEN NEUTRAAL UITGANGSPUNT BIJ DE BEWIJSLASTVERDELING

In *Vehof/Helvetia* overweegt de Hoge Raad dat het redelijk is niet te hoge eisen te stellen aan het bewijs van de vergelijkingshypothese, omdat de aansprakelijke partij de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om daarover zekerheid te verschaffen. Het gaat hier dus niet om een feitelijk vermoeden maar om een normatief argument. Dit argument stamt uit de context van de waardering van arbeidsvermogensschade, waar men het wel aantreft in de vorm van het adagium: 'op een paard dat hij eerst zelf uit de race heeft gehaald behoort de aansprakelijke niet te wedden'.⁴³¹ Er wordt ook wel een meer algemene betekenis aan toegekend. Zo wijst Du Perron erop dat degene die een beroepsfout beging, zijn opdrachtgever de mogelijkheid heeft ontnomen om met zekerheid te weten welk resultaat zonder de fout zou zijn bereikt, hetgeen in het algemeen een reden is om bij het bewijs van schade een bepaalde marge van onzekerheid voor zijn rekening te laten.⁴³² Zoals gezegd bestaat geen reden om de bedoelde bewijslastverlichting tot arbeidsvermogensschade of beroepsfouten te beperken, omdat de benadeelde de bedoelde bewijsmogelijkheid *altijd* door de aansprakelijke partij werd 'ontnomen'.

Ik moet zeggen dat ik het argument wat onbeholpen geformuleerd vind. Uiteraard heeft 'de dader het gedaan', maar de grond voor zijn aansprakelijkheid is de normschending waarvoor hij moet opkomen, niet de omstandigheid dat daardoor min of meer toevallig bepaalde bewijsmogelijkheden van de benadeelde verloren zijn gegaan. Een *zelfstandige* grond om in het algemeen de aansprakelijke partij eventueel bestaande onzekerheid over schade en causaliteit toe te rekenen bestaat niet. Dat is alleen anders in het uitzonderlijke geval dat de gedaagde de eiser in letterlijke zin bewijsmogelijkheden heeft 'ontnomen', bijvoorbeeld door het achterhouden of zoekmaken van bewijsstukken of door het veel te laat reageren op een onjuist geachte gedraging van die ander.⁴³³ Maar aan dat soort gedrag kan ook de benadeelde zich schuldig maken. Normaal gesproken treft de aansprakelijke partij dus niet een zelfstandig verwijt dat de benadeelde de bedoelde bewijsmogelijkheid werd 'ontnomen'. Het bewijsprobleem met betrek-

431. Zie Bouman/Tilanus (1998), p. 57.

432. Zie C.E. du Perron, Schadebewijs bij beroepsfout, noot bij HR 20 december 1996, NJ 1996, 747 (Beurskens/Notarissen), *Bb* 1996, p. 181-182 (op p. 182 r.k.).

433. Vgl. Asser (1992), p. 24 en 50.

king tot de vergelijkingshypothese is eenvoudig inherent aan de omstandigheid dat de gang van zaken niet zo is geweest als hij had behoren te zijn.

Wat de dader uiteraard wél kan worden aangerekend, is de normschending als zodanig. Het argument lijkt daarom nog het beste te passen bij gevallen van schuldaansprakelijkheid waarbij de schuldige dader tegenover een onschuldige slachtoffer staat. Het kan dan illustreren dat tussen de verschillende elementen van aansprakelijkheid geen waterdichte schotten bestaan. Treft de aansprakelijke partij ten aanzien van het element onrechtmatige daad of wanprestatie een bepaald verwijt, dan kan dat redengevend zijn om de benadeelde bij de elementen schade en causaliteit tegemoet te komen.⁴³⁴

In het moderne aansprakelijkheidsrecht gaat het echter niet alleen om 'echte' schuldaansprakelijkheid, maar ook om toerekening op grond van de wet of de verkeersopvattingen. Bij veel grensgevallen wordt ook niet een afweging gemaakt in termen van 'schuld' en 'onschuld', maar gaat het in wezen om de maatschappelijk meest gewenste verdeling van risico's, op basis van overwegingen van schadespreiding, verzekering en preventie. En voorzover wel wordt afgewogen in termen van verwijt is ook de benadeelden vaak wat te verwijten (denk bijvoorbeeld aan Dicky Trading of Gouda/Lutz). Dit alles maakt de toerekening aan de aansprakelijke partij van bewijsproblemen inzake de vergelijkingshypothese omdat 'de dader het nu eenmaal heeft gedaan' naar mijn mening niet altijd even vanzelfsprekend.

Ik meen daarom dat het argument niet kan leiden tot het categorisch volledig afwentelen van deze bewijsproblemen op de gedaagde, maar dat het behoort te leiden tot een zeker evenwicht. Het feit dat in de rechtspraak lang niet altijd wordt gegrepen naar de botte bijl van de bewijslastomkering, maar vaker gebruik wordt gemaakt van het genuanceerder instrument van de bewijslastverlichting, getuigt daar ook van.

12.6 NAAR EEN ALGEMENE UITZONDERING OP DE HOOFDREGEL VAN ARTIKEL 150 RV VOOR HET BEWIJS VAN DE VERGELIJKINGSHYPOTHESE

In de rechtspraak wordt de benadeelde volgens mij dus structureel tegemoetgekomen bij het bewijs van de vergelijkingshypothese. De achtergrond daarvan kan als volgt worden begrepen. Van het totaal aantal tot aansprakelijkheid leidende normschendingen doet zich in een bepaalde minderheid van gevallen bij het vaststellen van de vergelijkingshypothese een onvermijdelijke onzekerheid voor. Dat komt in de ene categorie van gevallen vaker voor dan in de andere. Een notoire categorie is bijvoorbeeld de schending van informatieplichten door beroepsbeoefenaren.⁴³⁵ Onverkort vasthouden aan de hoofdregel van artikel 150 Rv zou al deze gevallen van inherente onzekerheid volledig voor risico van de

434. Vgl. W. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Rede Graz 1950, inmiddels ook uitgegeven in het Engels, W. Wilburg, *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*, Manzsche, Wien, 2000. Als illustratie hiervan kan het Duitse leerstuk van de bewijslastomkering inzake het causaal verband bij 'schwere Behandlungsfehler' van de arts worden gezien. Zie daarover Akkermans, diss., p. 163-167.

435. Vgl. Giesen, diss., p. 503.

benadeelden brengen. Ik wil mij verre houden van de beladen discussie tussen de 'objectiefrechtelijke' en de 'procesrechtelijke of billijkheidstheorie' die de achtergrond vormt van artikel 150 Rv,⁴³⁶ maar ik zie niet hoe die 'benadeling van de benadeelde' zou kunnen worden gerechtvaardigd. Die rechtvaardiging kan mijns inziens in elk geval niet (langer) worden gevonden in het beginsel dat ieder de eigen schade heeft te dragen.⁴³⁷ Daargelaten wat heden ten dage de betekenis van dat 'beginsel' nog precies is, in de hier bedoelde situaties is aansprakelijkheid, of althans het bestaan van een aansprakelijkheidsgrond, al komen vast te staan. Ieder moet zijn eigen schade dragen *tenzij* er een deugdelijke grond bestaat om deze naar een ander over te hevelen. Dat 'tenzij' is hier in principe al van toepassing: de onrechtmatige daad of wanprestatie is komen vast te staan.⁴³⁸

Onder die omstandigheden valt niet in te zien waarom de praktische problemen van de verdere bewijsvoering bij wege van uitgangspunt eenzijdig op de benadeelde zouden moeten worden afgewenteld. In zoverre treft het argument dat 'de dader het heeft gedaan' naar mijn mening doel. Maar zoals gezegd zie ik óók niet waarom die problemen bij wege van uitgangspunt eenzijdig voor rekening zouden moeten worden gebracht van de gedaagde, al kan men daar ook anders over denken.⁴³⁹ Zelf denk ik dat het recht hier in beginsel een neutrale positie past. In beginsel, dat wil zeggen behoudens specifieke normatieve overwegingen die voor of tegen een van beide partijen spreken. Zijn die er niet, dan is de afweging een puur feitelijke, en dan valt niet in te zien waarom één van beide partijen bij voorbaat op achterstand zou moeten worden gezet.

Ik meen dat die neutrale positie ook de positie is die de rechter in de praktijk inneemt. De hoofdregel van artikel 150 Rv zadelt eenzijdig de eiser op met het probleem van het bewijs van de vergelijkingshypothese, en daarom wijkt de rechter per saldo structureel van die hoofdregel af. Dat geschiedt op een groot aantal verschillende manieren, waarvan de omkeringsregel er maar één is.

12.7 VOORSTEL VOOR EEN BIJZONDERE BEWIJSREGEL VOOR HET GEHELE GEBIED VAN HET BEWIJS VAN CAUSALITEIT EN SCHADE

Ik meen daarom dat de hoofdregel van artikel 150 Rv de rechtswerkelijkheid op dit terrein niet langer goed weergeeft, en dat voor dit gehele terrein een uitzondering op deze hoofdregel kan worden geformuleerd. De regel houdt in dat, wanneer de aansprakelijkheidsgrond eenmaal is gegeven, de bewijslast met betrekking tot de vergelijkingshypothese in beginsel op degene rust die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken.⁴⁴⁰ Deze regel betreft dus de verge-

436. Zie Asser (1992), p. 39-52; Giesen, diss., p. 87-98.

437. In zoverre legt Drion mijns inziens terecht een verband tussen de algemene omkeringsregel en het (verlaten van het) beginsel dat ieder de eigen schade heeft te dragen. Drion, NJB 2000, p. 1958.

438. Hier geldt mijns inziens de hoofdregel van artikel 150 nog steeds, en het is dus in beginsel de gedaagde die moet waarmaken dat er een aansprakelijkheidsgrond bestaat.

439. Zie bijv. Pals, VR 2000.

440. Dit alternatief is minder revolutionair dan het misschien lijkt. In België wordt een vergelijkbare regel voor het bewijs van schade al jarenlang bepleit door Ronse. Zie Ronse, Schade, nrs. 57 e.v. en 63 e.v.

lijkingshypothese ongeacht of die inzet is van het bewijs van schade of van causaal verband. Maar hij betreft ook niet méér dan dat: de bewijslast met betrekking tot de feitelijk bestaande situatie waarmee moet worden vergeleken, behoort conform de hoofdregel van artikel 150 Rv in beginsel op de benadeelde te blijven rusten.

Bij dit laatste dient men te beseffen dat die feitelijke situatie, behoudens wanneer het gaat om toekomstige ontwikkelingen, doorgaans eenvoudig zal kunnen worden vastgesteld. Het is niet hier waar bij causaliteitsonzekerheid de schoen pleegt te knellen. Maar voorzover dat wél het geval mocht zijn, is de benadeelde voor het leveren van bewijs over die feitelijke situatie in principe de meest gereede partij. Het gaat immers over de omstandigheden waarin hijzelf verkeert.

Samenvattend zou de door mij bedoelde bijzondere regel van bewijslastverdeling als volgt kunnen luiden:

De vraag of door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een bepaalde schade is veroorzaakt, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke situatie na deze gedraging met de hypothetische situatie bij wegdenken van die gedraging. Met betrekking tot de feitelijke situatie rust het bewijs in beginsel op de degene die stelt door die gedraging schade te hebben geleden; met betrekking tot de hypothetische situatie rust het bewijs op degene die zich beroept op een afwijking van de normale gang van zaken. Aan dit laatste bewijs worden geen strenge eisen gesteld.

De formulering ‘of door een [...] gedraging schade is veroorzaakt’ beoogt tot uitdrukking te brengen dat de regel van toepassing is zowel bij het bewijs van schade als bij het bewijs van causaal verband. Dit met dien verstande, dat het bij ‘het bewijs van schade’ gaat om het bestaan daarvan (en dus niet om de omvang, waarvoor de gewone regels van bewijsrecht niet gelden)⁴⁴¹ en bij ‘het bewijs van causaal verband’ om het *conditio sine qua non*-verband (en dus niet om het toerekeningsverband, dat zich als zodanig niet voor bewijslevering leent).⁴⁴² De formulering dat de desbetreffende vraag moet worden beantwoord ‘door vergelijking van de feitelijke situatie na deze gedraging, met de hypothetische situatie bij wegdenken van die gedraging’ is ontleend aan het arrest Vehof/Helvetia.⁴⁴³ En de slotzin ‘Aan dit laatste bewijs worden geen strenge eisen gesteld’ beoogt recht te doen aan de omstandigheid dat het bij de vergelijkingshypothese niet gaat om ‘feiten’ die in principe sluitend kunnen worden bewezen, maar om veronderstellingen waaraan slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen. Er is geen reden om alleen lagere eisen aan dit bewijs te stellen wanneer het op de benadeelde rust: omdat het uitgangspunt dat de bewijslast op de benadeelde rust als zodanig is verlaten, is een ‘compensatie’ in de vorm van een eenzijdige tegemoetkoming niet meer nodig. Net zo goed als de benadeelde zal ook

441. Zie Schadevergoeding (Lindenbergh) Art. 97, aant. 3, 19 en 20.

442. Zie § 3.2.

443. In dit arrest overwoog de Hoge Raad: “De vraag of een door een ongeval getroffen(e) als gevolg van het ongeval schade heeft geleden door het verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het ongeval met de hypothetische situatie bij wegdenken van het ongeval.” (r.o. 3.5.1)

de gedaagde de vergelijkingshypothese slechts in termen van waarschijnlijkheden aannemelijk kunnen maken.⁴⁴⁴

Zoals gezegd gaat het hier slechts om een neutraal uitgangspunt: naargelang de omstandigheden van het geval kunnen feitelijke vermoedens en normatieve overwegingen aanleiding zijn de balans in het voordeel van één der partijen te verschuiven. Om die verschuiving te bewerkstelligen bestaat een arsenaal aan opties waarvan toepassing van de omkeringsregel⁴⁴⁵ er maar één is.

De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel bespreek ik in het volgende hoofdstuk. Maar voordien wil ik volledigheidshalve nog één clause aan mijn voorstel voor een bijzondere regel van bewijslastverdeling toevoegen, die betrekking heeft op de mogelijkheid van een proportionele oplossing:

De rechter kan, indien hij op grond van onzekerheid over de hypothetische situatie een andere oplossing rechtens onbevredigend acht, een gedeeltelijke schadevergoeding toekennen waarvan de omvang in beginsel wordt bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat de gedraging tot de gestelde schade heeft geleid.

Deze formulering brengt onder meer tot uitdrukking dat het bij proportionele aansprakelijkheid om een subsidiaire oplossing gaat die alleen in aanmerking komt wanneer de alles-of-niets-benadering geen bevredigend resultaat oplevert. Voor het overige verwijs ik kortheidshalve naar mijn eerdere publicaties over dit onderwerp.⁴⁴⁶

444. Uiteraard kán deze waarschijnlijkheid zo groot zijn dat het onderscheid met 100% zekerheid uitsluitend nog theoretisch is. In dat soort gevallen spelen de hier besproken problemen echter niet.

445. In mijn opvatting is bij de omkeringsregel dus eigenlijk geen sprake van bewijslastomkering, maar slechts van bewijslastverschuiving of bewijslasttoedeling. Het uitgangspunt is immers neutraal. Desondanks heb ik het toch maar op de ‘omkeringsregel’ gehouden. Voor mijn motieven daarvoor zie § 15.1.

446. Zie o.m. Akkermans (2000), Akkermans, diss., en Akkermans, VR 2002 A.

13 De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel

13.1 INLEIDING

Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, moet de omkeringsregel naar mijn mening worden begrepen tegen de achtergrond van een algemene tendens om de benadeelde tegemoet te komen bij het bewijs van causaliteit en schade (of wij die tendens nu verwoorden in een bijzondere bewijsregel of niet). In dit kader is hij slechts één van de mogelijkheden op een glijdende schaal, die loopt van relatief lichte middelen, zoals een verzwaarde stelplicht en voorshandse aannemelijkheid, via bewijslastverlichting in al zijn variaties, naar het verhoudingsgewijs zwaarste middel: het opzadelen van de gedaagde met de bewijslast.

Wat is nu de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel zelf? De opvatting die ik destijds in mijn proefschrift heb verdedigd, heb ik beschreven in hoofdstuk 2,⁴⁴⁷ en ook in de tussenliggende hoofdstukken ben ik verschillende keren op deze vraag vooruitgelopen. In veel opzichten is mijn opvatting nog steeds dezelfde, al meen ik sindsdien veel aan inzicht te hebben gewonnen. Naar mijn mening is de rechtvaardiging voor de omkeringsregel gelegen in het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de geschonden norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt, eventueel aangevuld met een feitelijk vermoeden van causaal verband.⁴⁴⁸ Dat nauwe verband kan aanleiding geven om de effectiviteit van de norm door middel van een tegemoetkoming aan de bewijsproblemen van de benadeelde te versterken. In dit hoofdstuk zal ik deze opvatting nader toelichten en uitwerken. In de volgende hoofdstukken bespreek ik de consequenties daarvan voor de eisen die moeten worden gesteld aan de toepasselijkheid van de omkeringsregel (hoofdstuk 14) en aan het te leveren tegenbewijs (hoofdstuk 15).

13.2 FEITELIJK VERMOEDEN

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 2 is de discussie over de rechtvaardiging van de omkeringsregel zoals die vóór Dicky Trading II gold bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen, nooit werkelijk op gang gekomen. Ik denk dat dit mede kan worden verklaard door de omstandigheid dat in veruit de meeste gevallen dat de omkeringsregel werd toegepast, die rechtvaardiging eenvoudig kon worden gevonden in een feitelijk vermoeden van causaal verband. Mijn analyse van de rechtspraak over de omkeringsregel bij verkeersongevallen in § 9.3 lijkt dit te bevestigen. In alle daar besproken gevallen waarin de ‘oude’ ongevallenregel

447. Zie § 2.2.

448. Resp. van het bestaan van schade.

werd toegepast,⁴⁴⁹ bestaat grond voor een feitelijk vermoeden van causaal verband, al is dit in het ene geval meer sprekend dan in het andere.

Het bestaan van een feitelijk vermoeden van causaal verband is ontegenzeggelijk een deel van de rechtvaardiging voor toepassing van de omkeringsregel.⁴⁵⁰ Maar ook niet méér dan dat, omdat de omkeringsregel ook is toegepast in gevallen waarin géén grond voor zo'n feitelijk vermoeden bestond. Voorbeelden hiervan zijn *Dicky Trading II*,⁴⁵¹ *MCL/In 't Hout*⁴⁵² en het *Sint-Willibrord-arrest*.⁴⁵³

Ik wijs er nog op dat wanneer een feitelijk vermoeden van causaal verband de enige rechtvaardigingsgrond voor de omkeringsregel zou zijn, wij ook ten onrechte zouden spreken van een 'regel'. Er is dan immers in werkelijkheid geen onderscheid met een ad hoc bewijslastomkering wegens voorshandse aannemelijkheid. De door de Hoge Raad gebezigde formule zou dan in werkelijkheid helemaal geen bijzondere bewijsregel in de zin van artikel 150 Rv zijn, maar slechts een (te ruim geformuleerde) motivering voor het oordeel dat een feitelijk vermoeden van causaal verband kan worden aangenomen.

13.3 DE AARD VAN DE GESCHONDEN NORM

Het kan dus niet anders of er moet ook een normatieve rechtvaardigingsgrond voor de omkeringsregel zijn. Ook A-G Bakels lijkt daarvan uit te gaan in zijn Conclusie voor het Oude Monnick Motors-arrest:

“De achtergrond van deze rechtspraak is m.i. dat, waar de reële mogelijkheid bestaat dat causaal verband tussen de normschending en de schade aanwezig is, de aard van de geschonden norm meebrengt dat de toch nog resterende onzekerheid over die causaliteit naar redelijkheid voor risico dient te komen van degenen die de desbetreffende norm overtrad.”⁴⁵⁴

Voorwaarde is volgens Bakels een bepaald feitelijk vermoeden van causaal verband (de “reële mogelijkheid”), maar de doorslag geven normatieve gronden die voortvloeien uit “de aard van de norm”.⁴⁵⁵ Hij licht echter niet toe *waarom* ‘de aard

449. Ik heb in hoofdstuk 9 naar volledigheid gestreefd en alle arresten van de Hoge Raad over de omkeringsregel bij verkeersongevallen besproken die naar mijn weten zijn gepubliceerd.

450. Zie nader § 14.3 – § 14.5.

451. Zie § 3.3.

452. Zie § 10.4.

453. Zie § 6.6.

454. Conclusie OM voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnick), onder 2.6.

455. Anders: Hartlief, AA 2001, p. 455 en voetnoot 12, die, als ik hem goed begrijp, in deze uitleg leest dat het om een feitelijk vermoeden zou gaan.

van de norm' mee zou brengen dat de resterende causaliteitsonzekerheid voor risico dient te komen van degene die de norm overtrad.⁴⁵⁶

Vóór Dicky Trading kon men nog houvast zoeken bij het bijzondere karakter van verkeers- en veiligheidsnormen, al is het niet onproblematisch om aan te geven wanneer precies van zo'n norm sprake is,⁴⁵⁷ en waarom dat bijzondere karakter zou meebrengen dat bij schending ervan eventuele causaliteitsonzekerheid voor risico komt van de aansprakelijk gestelde partij. Maar sinds de aanvaarding van de 'algemene' omkeringsregel dringt de vraag zich op bij welke normen precies het "redelijk kan zijn de onzekerheid over het causaal verband voor risico te laten van de partij die anders heeft gehandeld dan hij in de gegeven omstandigheden had behoren te doen", zoals Bakels het ter plaatse uitdrukt.⁴⁵⁸ "De grenzen zijn vloeiend", zo voegt hij nog toe. Voor het overige blijven de vragen naar het 'wanneer' en het 'waarom' echter onbeantwoord.

Om een werkelijke normatieve rechtvaardigingsgrond te vinden zullen wij dus dieper moeten graven. Ik merk vast op dat zal blijken dat Bakels gelijk heeft met zijn suggestie dat van zo'n grond sprake is bij normen die een bepaalde verwantschap vertonen met verkeers- en veiligheidsnormen: zoals we in het volgende hoofdstuk zullen zien, komt de omkeringsregel nog het meest voor toepassing in aanmerking bij de schending van normen die in het leven zijn geroepen met het oog op een bepaald voorgegeven, preëxistent gevaar of risico, dat afkomstig is uit een andere bron dan de betreffende wanprestatie of onrechtmatige daad zelf.⁴⁵⁹

13.4 HET TYPISCHE GEVOLG VAN DE NORMSCHENDING

Van diverse zijden en in uiteenlopende bewoordingen is opgemerkt dat het bij de omkeringsregel gaat om de *typische* gevolgen van de betreffende normschending.⁴⁶⁰ Zo reeds A-G Ten Kate in zijn Conclusie voor het arrest Expeditiebedrijf/Te Baerts⁴⁶¹ uit 1977:

"De aanvaarding van vergroting van het gevaar voor verkeersongevallen als voldoende oorzakelijk verband, wanneer dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, schuilt m.i. in de omstandigheid dat deze gevaarsverhoging in het gegeven geval kenmerkend was voor het ongeval of de tot de gevallen schade leidende reeks gebeurtenissen zoals dit

456. Vgl. Vranken, die in zijn noot onder het arrest Bakels bijvalt (onder 6) omdat het volgens hem "redelijk" is om "het laatste restje onzekerheid voor risico te brengen van degene die de norm overtrad". Ik merk op dat, zoals arresten als Dicky Trading, Sint-Willibrord en MCL/In 't Hout laten zien, het bij de omkeringsregel soms bepaald niet om 'het laatste restje onzekerheid' gaat, hetgeen eens te meer de vraag oproept waarom een en ander redelijk zou zijn.

457. Zie Hartlief, AA 2001, p. 457.

458. Deze formulering draagt de suggestie in zich van een argument dat verwant lijkt met het 'de dader heeft het gedaan'-argument. Daarin kan echter geen inhoudelijke rechtvaardiging voor de omkeringsregel zijn gelegen, zie § 13.5.

459. Zie nader § 14.2.

460. In deze zin o.a. Klaassen, A&V 1998, p. 148; Asser-Hartkamp I, (aan het eind van) nr. 434c; Hartlief, AA 2001, p. 458 l.k. Nog dicht bij de kern van de zaak (zie § 13.8) komt mijns inziens Sieburgh, WPNR 2001, p. 590.

461. HR 14 januari 1977, NJ 1977, 340.

(deze) zich in feite heeft (hebben) voorgedaan. De strekking van een niet inachtgenomen veiligheidsvoorschrift kan hierbij een belangrijke rol spelen.”⁴⁶²

De observatie dat het bij de omkeringsregel gaat om de kenmerkende of typische gevolgen van de normschending is zonder meer juist,⁴⁶³ en zoals we zullen zien, ligt hierin het belangrijkste element van de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel besloten. Ook de bewoordingen van de omkeringsregel – zowel de ‘oude’ ongevallenformulering als de nieuwe ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule – bevatten onmiskenbaar een bepaalde verwijzing naar de verwantschap tussen de gevaarstelling en het schade-evenement dat daarop is gevolgd. En mijn analyse van de rechtspraak over de toepassing van de omkeringsregel bij verkeersongevallen in hoofdstuk 9 laat zien dat het verband tussen beide in werkelijkheid nog aanmerkelijk nauwer is dan de formulering van de ongevallenregel suggereert. Telkens is dit verband zó nauw, dat men kan zeggen dat zich in de vorm van het ongeval juist dát soort gevaar heeft verwezenlijkt, dat specifiek door de gevaarstelling in het leven werd geroepen.⁴⁶⁴ Naar mijn mening is dit ook bij de algemene omkeringsregel het geval. Ook daarbij is het verband tussen gevaarstelling en schade-evenement in werkelijkheid veel nauwer dan de in dit opzicht nogal ruimere ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule suggereert. Ik meen dat dit ook bevestigd wordt door Oude Monnick Motors en de informed consent-arresten.

Maar met deze observatie als zodanig zijn we er nog niet. De bedoelde omstandigheid draagt wel de suggestie in zich van een normatieve grondslag, maar wijst tegelijkertijd ook in de andere richting: als een schade-evenement het typische of kenmerkende gevolg is van de normschending geeft dat in het algemeen ook grond voor een feitelijk vermoeden van causaal verband. In deze zin bijvoorbeeld Bloembergen:

“als een (geschreven of ongeschreven) norm is overtreden die ertoe strekt ongevallen van een bepaalde soort te voorkomen, ligt het doorgaans voor de hand dat een ongeval dat na de normovertreding plaatsvindt, ook het gevolg is van die overtreding; wie beweert dat het anders is, moet dat maar bewijzen.”⁴⁶⁵

Willen wij meer te weten komen over de normatieve rechtvaardigingsgrond voor de omkeringsregel, dan lijkt het geboden om de aandacht vooral te richten op die gevallen waarin deze regel werd toegepast, waarin het schade-evenement wél een typisch gevolg was van de normschending, maar wegens de omstandigheden van het geval toch geen grond bestond voor een feitelijk vermoeden van causaal verband. De beste voorbeelden hiervan zijn Dicky Trading II en MCL/In 't Hout. Hoewel de rechtvaardiging van de beslissing om de omkeringsregel in deze casus

462. Conclusie voor HR 14 januari 1977, NJ 1977, 340 (Expeditiebedrijf/Te Baerts).

463. Zij het dat hiermee de kern van de zaak nog onvoldoende onder woorden wordt gebracht. Zie § 14.8.

464. Zie § 9.5.

465. Conclusie voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA).

toe te passen niet in de waarschijnlijkheid van causaal verband kan zijn gelegen, spreekt die beslissing toch aan. De vraag is dan waarom dat zo is.

13.5 DE DADER HEEFT HET GEDAAN

Zoals in het vorige hoofdstuk besproken is wel aangevoerd dat een normatieve grond om het slachtoffer bij het bewijs van schade of causaal verband tegemoet te komen, is gelegen in de omstandigheid dat het nu eenmaal de aansprakelijk gestelde partij is die de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om met zekerheid te weten in welke situatie hij zou hebben verkeerd wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Daarom behoort de onzekerheid daarover voor rekening van de aansprakelijk gestelde partij te komen. Ook A-G Bakels lijkt met de hierboven geciteerde formulering dat de aansprakelijk gestelde partij “anders heeft gehandeld dan hij in de gegeven omstandigheden had behoren te doen”,⁴⁶⁶ iets te willen zeggen in de geest van het argument ‘de dader heeft het gedaan’.

In § 12.5 betoogde ik dat dit argument de nodige nuancering behoeft omdat de aansprakelijke partij normaal gesproken geen *zelfstandig* verwijt treft dat de bedoelde bewijsproblemen zijn ontstaan, en het ook lang niet altijd zo is dat een ‘schuldige’ dader tegenover een ‘onschuldig’ slachtoffer staat. Dat neemt niet weg dat het argument naar mijn mening wél iets onder woorden brengt dat mede dragend kan zijn voor de structurele afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv die ik in de rechtspraak meen waar te nemen, en die inhoudt dat bij de bewijslastverdeling met betrekking tot de vergelijkingshypothese een neutraal uitgangspunt heeft te gelden.

Maar een normatieve grondslag voor de omkeringsregel ligt niet in dit argument besloten. Dat *kán* eenvoudig niet zo zijn, omdat dit argument hetzij niet tot enige afbakening leidt en dus redengevend zou moeten zijn voor een bewijslastomkeer die altijd van toepassing is (de bewijsproblemen bestaan immers altijd ‘omdat’ de dader het heeft gedaan), hetzij ertoe zou moeten leiden dat de omkeringsregel alleen voor toepassing in aanmerking komt wanneer de dader een verhoudingsgewijs groot verwijt valt te maken. Het eerste is duidelijk niet het geval, en voor het laatste biedt de rechtspraak van de Hoge Raad geen enkel aanknopingspunt. Aan de mate van verwijt dat de aansprakelijke partij kan worden gemaakt, pleegt de Hoge Raad geen woord vuil te maken. Ook de beslissingen in Dicky Trading en MCL/In ’t Hout laten zich met dit argument niet verklaren. Het duidelijkst is dit nog voor Dicky Trading, waar de benadeelde net zo goed als de gedaagde het nodige kon worden verweten.

13.6 VERSTERKING VAN DE EFFECTIVITEIT VAN DE GESCHONDEN NORM

Zoals ik al aangaf in § 2.2 ligt de relatie tussen de aard van de geschonden norm en de omkeringsregel naar mijn mening in de omstandigheid dat sommige normen als het ware om bewijslastomkering vragen, opdat zij in het aansprakelijk-

466. Zie in § 13.3 de tekst bij voetnoot 458.

heidsrecht zo volledig mogelijk tot gelding komen. Bewijslastomkering is soms een voor de hand liggend middel om de effectiviteit van de betreffende norm te versterken.

Dit gezichtspunt kan op twee verschillende manieren worden uitgewerkt. In de eerste plaats kan men zeggen dat bewijslastomkering vooral is geboden in die gevallen waarin haast per definitie twijfel bestaat over het verband tussen de normschending en de opgetreden schade. Giesen spreekt in dit verband van ‘structurele bewijsnood’.⁴⁶⁷ In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in. In de tweede plaats kan men zeggen dat telkens wanneer een geschonden norm de strekking heeft om te beschermen tegen een specifiek soort risico, en juist dat risico zich verwezenlijkt, het door middel van bewijslastomkering terugdringen van de betekenis van dat risico een logisch complement is van de beschermende strekking van die norm. Ik licht dit in § 13.8 nader toe. In de eerste benadering ligt de nadruk op de noodzaak van bewijslastomkering om te voorkomen dat de norm in kwestie te veel een lege huls wordt. In de tweede benadering ligt de nadruk op het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de norm en het soort risico dat de benadeelde fataal is geworden, wat kan rechtvaardigen dat de norm door bewijslastomkering ook in individuele gevallen van bewijsnood verder tot gelding wordt gebracht.

In mijn proefschrift zette ik beide uitwerkingen naast elkaar, waarbij ik de tweede benadering in sterke mate ‘ophing’ aan de bescherming tegen de eigen onvoorzichtigheid van de werknemer, die kenmerkend is voor de strekking van veel veiligheidsnormen die in de context van artikel 7:658 BW een rol spelen. Ik besef nu dat dit in zoverre te beperkt was, dat bewijslastomkering een logisch complement kan zijn van de beschermende strekking van een norm, *ongeacht* tegen wat voor soort gevaar die norm beoogt te beschermen. En door het loslaten van verkeers- en veiligheidsnormen als toepassingsgebied van de omkeringsregel, kan het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt, in een veel breder scala van gevallen een rol spelen. Ik meen ook niet langer dat beide uitwerkingen min of meer gelijkwaardig aan elkaar zijn, en in een bepaalde combinatie de normatieve gronden voor de omkeringsregel vormen, maar dat de kern van de zaak in de tweede uitwerking is gelegen, en het zich eventueel voordoen van een structurele bewijsnood slechts een aanvullende grondslag betreft.

13.7 STRUCTURELE BEWIJSNOOD

Dat een norm door middel van bewijslastomkering verder tot gelding kan worden gebracht, spreekt nog het meest in die gevallen waarin haast per definitie twijfel bestaat over het verband tussen de schending van de betreffende norm en de opgetreden schade. In § 2.2 wees ik in dit verband op het Windmill-arrest, maar hetzelfde doet zich voor bij de normschendingen in Dicky Trading, MCL/In ’t Hout en de informed consent-arresten. Een ten onrechte niet gewaarschuwde cliënt als boer Franken kan haast per definitie worden tegengeworpen dat een

467. Giesen, diss., p. 450 en 455 e.v.

waarschuwing hem tóch niet van zijn fatale rechtshandeling had weerhouden. De patiënt die ten onrechte geen antistolling werd toegediend, kan haast per definitie worden tegengeworpen dat toediening zijn trombose waarschijnlijk tóch niet had voorkomen. En de patiënt die ten onrechte niet over de risico's en eventuele alternatieven van de voorgestelde behandeling werd geïnformeerd, kan haast per definitie worden tegengeworpen dat hij zijn toestemming tóch niet zou hebben onthouden. Houdt men in dit soort gevallen de benadeelde onverkort aan de hoofdregel van artikel 150 Rv, dan zal hij in de meeste gevallen aan het kortste eind trekken. Schending van de betreffende norm zou slechts bij uitzondering tot aansprakelijkheid leiden. Zonder omkering van de bewijslast zou de algemene effectiviteit van de norm in het geding komen.

Giesen heeft dit gezichtspunt in zijn proefschrift uitgebouwd tot zijn centrale stelling dat:

“Een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling is gerechtvaardigd indien in de gevallen waarin aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van de in die soorten gevallen in beginsel toepasselijke materiële norm, die aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen – met als gevolg dat de verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is – omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat.”⁴⁶⁸

Giesen werkt zijn stelling nader uit in twee voorwaarden, namelijk dat sprake is van een ‘structurele bewijsnood’ en dat ‘aansprakelijkheid wenselijk is’.

Met ‘structurele bewijsnood’ bedoelt Giesen aan te geven dat nodig is dat de bewijsnood een structureel karakter heeft. Niet voldoende is dat die bewijsnood zich slechts in enkele individuele gevallen voordoet, omdat dan de verwezenlijking van de norm niet in gevaar komt en aan een correctie door bewijslastomkering geen behoefte bestaat. De bewijsnood moet in een meerderheid van de betreffende gevallen spelen.⁴⁶⁹

Met de voorwaarde dat ‘aansprakelijkheid wenselijk is’ bedoelt Giesen dat aan de hand van een door hem eerder geschetste catalogus van argumenten bepaald moet worden “of (een verzwaring van) aansprakelijkheid mogelijk is of juist niet, of de argumenten voor (uitbreiding van) aansprakelijkheid zwaarder wegen dan de argumenten tegen.”⁴⁷⁰

Ik denk dat er veel waarheid in deze benadering schuilt, maar wil op deze plaats geen oordeel uitspreken over de verklarende kracht van Giesens model in het algemeen. Ik vind dat ook heel moeilijk omdat Giesen in zijn model geen onderscheid maakt naargelang welke voorwaarde voor aansprakelijkheid in het geding is, dus ongeacht of de bewijsnood zich voordoet bij bijvoorbeeld het bewijs van onrechtmatigheid of bij het bewijs van causaal verband.⁴⁷¹ Ik vermoed dat daarmee belangrijke inzichten blijven liggen omdat, zoals uiteengezet in het

468. Giesen, diss., p. 450.

469. Hetgeen hij in een voetnoot “voor wat het waard is” specificeert met 65%. Giesen, diss., p. 456, voetnoot 57.

470. Giesen, diss., p. 459.

471. Giesen, diss., p. 479.

vorige hoofdstuk, het terrein van het bewijs van schade en causaal verband naar mijn mening wordt gekenmerkt door een algemene tendens om de benadeelde tegemoet te komen, zodanig dat per saldo de hoofdregel van artikel 150 Rv voor dit gehele gebied uitzondering lijdt. Dat geldt echter niet voor het bewijs van onrechtmatige daad of wanprestatie. Hier geldt in mijn opvatting de hoofdregel van artikel 150 Rv nog steeds, en is het dus in beginsel de benadeelde die moet waarmaken dat een aansprakelijkheidsgrond bestaat.

In elk geval lijkt mij duidelijk dat het model van Giesen de rechtspraak over de omkeringsregel niet (volledig) kan verklaren. Dit omdat de omkeringsregel enerzijds in het Sint-Willibrord-arrest werd toegepast bij een normschending die niet tot een structurele bewijsnood leidt,⁴⁷² en anderzijds in de informed consent-arresten niet werd toegepast bij een normschending die bij uitstek wél tot zo'n structurele bewijsnood leidt.⁴⁷³ Ook volgens Visser is de omkeringsregel niet te verklaren met het door Giesen ontworpen model "omdat een structurele bewijsnood, in de door Giesen voorgestane betekenis, zich in de gevallen waarin de regel kan worden toegepast niet voordoet."⁴⁷⁴ Visser acht het begrip 'structurele bewijsnood' ook niet goed werkbaar, omdat de aanwezigheid ervan afhankelijk is van de wijze waarop men de materiële norm precies formuleert, en hij niet zo goed ziet hoe een rechter in een concreet geval moet beoordelen of de bewijsnood zich in de meerderheid van vergelijkbare gevallen voordoet. Hij voelt er meer voor om bewijsnood een factor te laten zijn die bij de vraag of in het algemeen in een bepaald soort gevallen de bewijslast moet worden omgekeerd, een belangrijke rol vervult.

Wat dit laatste betreft, heeft Visser het naar mijn mening bij het rechte eind. Bij normschendingen waar haast per definitie onzekerheid over het causaal verband bestaat, zoals bij het ontbreken van een trapleuning in Windmill/Roelofsen, het verzuimen van waarschuwingen in Dicky Trading, en het niet toedienen van antistolling in MCL/In 't Hout, spreekt toepassing van de omkeringsregel reeds om deze enkele reden aan. Een 'structurele bewijsnood' is echter geen noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor toepassing van de omkeringsregel, zoals het Sint-Willibrord-arrest, respectievelijk de informed consent-arresten laten zien. Daarom gaat het ook hier, net als bij het feitelijk vermoeden van causaal verband, hooguit om een deel van de rechtvaardiging van de omkeringsregel, maar zeker niet om méér dan dat.

13.8 BEWIJSLASTOMKERING ALS LOGISCH COMPLEMENT VAN DE BESCHERMENDE STREKKING VAN DE GESCHONDEN NORM

De kern van de normatieve rechtvaardigingsgrond van de omkeringsregel is naar mijn mening gelegen in de omstandigheid dat telkens wanneer een geschonden norm de strekking heeft om te beschermen tegen een bepaald soort risico, en

472. Zie § 6.6.

473. Zie § 11.8. Giesen had er dan ook voor gepleit om bij schending van het vereiste van informed consent de patiënt tegemoet te komen met (eventueel een genuanceerde variant op) een omkering van de bewijslast. Zie de verwijzingen in voetnoot 371.

474. Visser, TCR 2002, p. 20 r.k.

juist dát risico zich verwezenlijkt, het door middel van bewijslastomkering alsnog voor rekening van de aangesproken partij brengen van dat risico, een logisch complement is van de beschermende strekking van die norm. Dit versterkt namelijk in zoverre de effectiviteit van die norm, dat deze tenminste voor wat het recht op schadevergoeding betreft verder tot gelding wordt gebracht. Voor 'bescherming' tegen het betreffende risico in de meest letterlijke zin is het uiteraard te laat.

Dit geldt óók als er, ondanks het vereiste nauwe verband tussen gevaarverhoging en schade-evenement, geen grond is voor een feitelijk vermoeden van causaal verband. Wel draagt zo'n vermoeden, voorzover daarvan in het betreffende geval wél sprake is, in hoge mate bij aan de beslissing om de bewijslast om te keren, net zo goed als dat een voldoende sterk vermoeden van het tegendeel bijdraagt aan de beslissing om dat niet te doen. Evenmin is nodig dat er sprake is van structurele bewijsnood, al kan ook deze omstandigheid, wanneer zij zich in het betreffende geval voordoet, bijdragen aan de beslissing om het bewijs op de aangesproken partij te leggen.

Nemen wij de casus van Dicky Trading als voorbeeld. De waarschuwingsplicht van de notaris die daar in het geding was, had specifiek als oogmerk het beschermen van cliënten zoals boer Franken tegen het risico dat is gelegen in de eigen onvoorzichtigheid die de doorsnee juridische leek bij dit soort transacties nu eenmaal aan de dag kan leggen. Dat Franken van de transactie zou hebben afgezien als hij wél op de risico's daarvan zou zijn geweest, lijkt niet waarschijnlijk maar ook niet onmogelijk.⁴⁷⁵ Praktisch gesproken was het één noch het ander te bewijzen. Wanneer men Franken toch onverkort zou houden aan het bewijs dat hij van de transactie zou hebben afgezien, zou men, gegeven die praktische onmogelijkheid, per saldo juist die eigen onvoorzichtigheid voor zijn risico brengen waartegen de betreffende norm hem beoogde te beschermen. Een waarschuwing behoort immers gegeven te worden vanwege het ervaringsgegeven dat cliënten bij bepaalde transacties niet altijd de geboden voorzichtigheid in acht nemen. Zouden zij dat wél doen, dan hadden zij geen waarschuwing nodig. Komt men Franken bij het causaliteitsbewijs niet tegemoet, dan doet men met de ene hand (de hoofdregel van artikel 150 Rv) af aan de bescherming die met de andere hand (de norm zelf) wordt gegeven. En dat is, zolang niet voldoende vaststaat dat die bescherming toch niet had geholpen, onbevredigend *omdat* die bescherming zo specifiek ziet op het risico dat zich heeft verwezenlijkt. En om dezelfde reden is het niet onredelijk om dit risico alsnog voor rekening te brengen van de notaris. In zoverre is het door middel van de omkeringsregel terugdringen van de betekenis van het risico waartegen de norm beoogt te beschermen, een logisch complement van de beschermende strekking van die norm.

Zoals gezegd geldt dit ongeacht het soort risico waartegen de geschonden norm beoogt te beschermen, dus ook bij risico's die niet in de eigen onvoorzichtigheid van de benadeelde zijn gelegen. De casus van MCL/In 't Hout is daarvan een goed voorbeeld. De toediening van antistolling bij een operatie die daar ten onrechte uitbleef, dient specifiek om de patiënt te beschermen tegen het risico

475. Zie § 3.3.

dat door de operatie trombose ontstaat. Dat antistolling de trombose van In 't Hout zou hebben voorkomen, lijkt niet waarschijnlijk maar ook niet onmogelijk.⁴⁷⁶ Zou de patiënt dit moeten bewijzen, dan zou, voorzover dat bewijs onmogelijk zou blijken (in hoeverre nader bewijs hier inderdaad onmogelijk is, moet de procedure na verwijzing nog uitwijzen),⁴⁷⁷ precies dat risico voor zijn rekening worden gebracht waartegen de betreffende norm hem beoogt te beschermen. Het protocol schrijft immers voor dat antistolling moet worden toegediend vanwege het risico dat door de operatie trombose ontstaat. Komt men de patiënt bij het causaliteitsbewijs niet tegemoet, dan doet men met de ene hand (de hoofdregel van artikel 150 Rv) af aan de bescherming die met de andere hand (de norm uit het protocol) wordt gegeven. Ook hier is dat, zolang niet voldoende vaststaat dat die bescherming toch niet had geholpen, onbevredigend *omdat* die bescherming zo specifiek ziet op het risico dat zich heeft verwezenlijkt. En om dezelfde reden is het niet onredelijk om dit risico alsnog voor rekening te brengen van het ziekenhuis. Ook hier is het door middel van de omkeringsregel terugdringen van de betekenis van het risico waartegen de norm beoogt te beschermen, een logisch complement van de beschermende strekking van die norm.

Het voorgaande geldt ook als geen sprake is van structurele bewijsnood. Stel dat normaal gesproken met voldoende zekerheid zou kunnen worden vastgesteld dat toediening van antistolling trombose had kunnen voorkomen of juist niet, maar dat dit alleen in het individuele geval van In 't Hout niet mogelijk is, bijvoorbeeld vanwege een bijzondere constitutie die maakt dat daarover alleen in zijn geval niets met zekerheid valt te zeggen. Ik zie niet in waarom de omkeringsregel dan niet zou kunnen worden toegepast. Er geldt onverminderd dat zonder bewijslastomkering juist *dát* risico voor rekening van In 't Hout zou worden gebracht waartegen de geschonden norm hem beoogt te beschermen. Ook in dit geval is bewijslastomkering een logisch complement van de beschermende strekking van de norm.

13.9 OPTELSOM MET FEITELIJK VERMOEDEN EN ANDERE FACTOREN

Met het inzicht dat telkens wanneer een geschonden norm de strekking heeft om te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist *dát* risico zich verwezenlijkt, het door middel van bewijslastomkering alsnog voor rekening van de aangesproken partij brengen van dit risico, een logisch complement is van de beschermende strekking van die norm, hebben wij naar mijn mening de kern van de normatieve rechtvaardigingsgrond van de omkeringsregel te pakken. Dat wil echter niet zeggen dat hierin voor elk concreet geval afzonderlijk de volledige rechtvaardiging voor toepassing van de omkeringsregel is gelegen. Regelmatig speelt ook de mate waarin een vermoeden van causaal verband (respectievelijk van het bestaan van schade)⁴⁷⁸ bestaat, een belangrijke rol. De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel is dan ook gelegen in de optelsom van twee grondslagen, een feitelijke en een normatieve. En wanneer deze optelsom tot een

476. Zie § 10.4.

477. Zie § 10.5.

478. Zie § 4.2.

grensgeval leidt, kunnen ook andere factoren gewicht in de schaal leggen, zoals het zich voordoen van een structurele bewijsnood en de vraag wie de meest gereede partij is om het betreffende bewijs te leveren. Ik zal dit nader illustreren in het volgende hoofdstuk, dat gaat over de vereisten voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel.

14 Vereisten voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel

14.1 INLEIDING

Zoals in het vorige hoofdstuk is uiteengezet, is de kern van de normatieve rechtvaardigingsgrond van de omkeringsregel gelegen in de omstandigheid dat telkens wanneer een geschonden norm de strekking heeft om te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dát risico zich verwezenlijkt, het door middel van bewijslastomkering alsnog voor rekening van de aangesproken partij brengen van dit risico, een logisch complement is van de beschermende strekking van die norm. Dit versterkt in zoverre de effectiviteit van de norm dat deze tenminste voor wat het recht op schadevergoeding betreft verder tot gelding wordt gebracht. Daarnaast spelen ook feitelijke vermoedens en andere factoren een rol. In dit hoofdstuk bespreek ik de consequenties hiervan voor de eisen waaraan moet zijn voldaan, wil toepassing van de omkeringsregel gerechtvaardigd zijn. Zoals zal blijken, vloeien die rechtstreeks uit deze inhoudelijke rechtvaardiging voort.

14.2 HET VEREISTE VERBAND TUSSEN NORM EN RISICO

Bewijslastomkering is een logisch complement van de beschermende strekking van een norm, zo schreef ik zojuist, omdat die norm daardoor voor wat het recht op schadevergoeding betreft verder tot gelding wordt gebracht. Nu is het bij *elke* norm zo dat deze verder tot gelding wordt gebracht door bij causaliteitsonzekerheid de bewijslast op de aangesproken partij te leggen, omdat schending van de norm daardoor van de sanctie van aansprakelijkheid wordt voorzien in gevallen waar deze anders uit zou blijven. Maar alleen wanneer de norm specifiek beoogt te beschermen tegen juist het risico dat zich heeft verwezenlijkt, geeft dit overtuigende resultaten. Naarmate het verband tussen die beschermende strekking en dat risico minder nauw wordt, wordt het bezwaarlijker dit risico ondanks de causaliteitsonzekerheid eenzijdig voor rekening te brengen van de aangesproken partij.

Het probleem is dat niet een duidelijke grens is aan te geven *wanneer* een voldoende nauw verband tussen beschermende strekking en verwezenlijkt risico bestaat om toepassing van de omkeringsregel te rechtvaardigen. Het is mij in elk geval niet gelukt om daarvoor een hard criterium te formuleren (zie zo dadelijk in § 14.4). Wel is duidelijk dat hoe nauwer het verband, hoe eerder die toepassing is gerechtvaardigd en omgekeerd. Tegelijkertijd is van groot belang in welke mate een feitelijk vermoeden van causaal verband bestaat. In de volgende paragraaf zal ik proberen dat met voorbeelden te illustreren.

Eerst merk ik nog op dat aan het criterium ‘beschermende’ norm als zodanig geen onderscheidend vermogen toekomt. Van elke norm kan worden gezegd dat

zij een bepaalde beschermende strekking heeft. Elke norm heeft in zekere zin tot doel bescherming te bieden tegen de situatie die zij beoogt te voorkomen. Dat is wat een norm een norm maakt.⁴⁷⁹ Het heeft dus bijvoorbeeld geen zin om te zeggen dat de Hoge Raad in *Dicky Trading II* het toepassingsgebied van de omkeringsregel heeft verruimd van verkeers- en veiligheidsnormen naar ‘beschermende’ normen in het algemeen.

Wel lijkt mij dat het nauwste verband tussen norm en risico bestaat wanneer men kan zeggen dat de norm in kwestie bestaat *omdat* het betreffende risico op de loer ligt. Soms bestaat een norm juist *vanwege* een bepaald risico. Dit is bijvoorbeeld het geval in de casus van *Dicky Trading* en *MCL/In 't Hout*, en is naar mijn mening de échte reden waarom toepassing van de omkeringsregel daar zo aanspreekt: nauwer dan daar kan het verband tussen norm en risico niet zijn. Het gaat in dit soort gevallen om normen die in het leven zijn geroepen met het oog op een bepaald voorgegeven, preëxistent gevaar of risico, dat als zodanig niet in de normschending zelf is gelegen, maar uit een externe bron afkomstig is. Dat is wat deze normen zo verwant maakt aan ‘echte’ veiligheidsnormen zoals in *Windmill/Roelofsen* en de rechtspraak over verkeersongevallen.

Als maatstaf voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel zou het criterium dat de norm juist vanwege het betreffende risico bestaat, de lat echter te hoog leggen. Ook in gevallen wanneer de ‘bestaansreden’ van de norm van algemenere aard is, kan toepassing van de omkeringsregel gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld wanneer kan worden gezegd dat de norm *in het betreffende geval* primair de strekking had om tegen het verwezenlijkte risico te beschermen. Een goed voorbeeld hiervan vind ik de casus van *Beurskens/Notarissen*. Ook dat zal ik in de volgende paragraaf nader toelichten.

14.3 EEN OPTELSON VAN VARIABLEN

Zoals gezegd is niet een duidelijke grens aan te geven wanneer een voldoende nauw verband tussen beschermende strekking en verwezenlijkt risico bestaat om toepassing van de omkeringsregel te rechtvaardigen. Hoe nauwer het verband, hoe eerder die toepassing is gerechtvaardigd en omgekeerd, waarbij tegelijkertijd van groot belang is in welke mate een feitelijk vermoeden van causaal verband bestaat. De vraag of toepassing van de omkeringsregel op zijn plaats is, wordt beantwoord aan de hand van een optelsom van variabelen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende.

Nemen wij als eerste het voorbeeld van *Drion*, waarin een niet goed werkende machine wordt gekocht en geïnstalleerd in een fabriek met het doel dat die fabriek daarmee producten zal maken die aan derden worden verkocht.⁴⁸⁰ Er ontstaat schade die mogelijk ook zou zijn ontstaan zonder de wanprestatie. Laten wij ervan uitgaan dat het gebrek niet ziet op de veiligheid van de werknemers die met de machine moeten werken, maar bijvoorbeeld geleid heeft tot vertraging in de productie, en dat potentiële kopers van de te produceren producten afhaken,

479. Vgl. mijn commentaar op het arrest van het hof in *MCL/In 't Hout* in Akkermans (2000), p. 104-105.

480. *Drion*, NJB 2000, p. 1957 r.k. Zie het citaat in § 6.5 in de tekst bij voetnoot 204.

mogelijk vanwege deze vertraging, mogelijk om andere redenen. Er is geen grond voor een feitelijk vermoeden van causaal verband; het is niet aannemelijk dat de potentiële kopers zonder de vertraging niet zouden hebben afgehaakt, maar ook niet onmogelijk.

De norm 'gij zult een deugdelijk functionerende machine leveren' heeft een veel algemenere strekking (het gaat hier in wezen om het conformiteitsvereiste) dan bescherming tegen specifiek het soort risico (het afhaken van kopers) dat zich hier heeft verwezenlijkt. Men kan zeker niet zeggen dat de norm juist vanwege het betreffende risico bestaat. De bestaansreden van het conformiteitsvereiste is van veel algemenere aard. Het spreekt dan ook niet zonder meer aan om de verkoper met het bewijs van het tegendeel op te zadelen. Een 'neutrale' afweging, op grond van de relatieve waarschijnlijkheid van de aan- of afwezigheid van causaal verband, en met inachtneming van de mogelijkheden die partijen ter beschikking staan om de voor bewijs relevante gegevens aan te dragen, ligt veel meer voor de hand. Dit komt neer op hantering van de in het vorige hoofdstuk beschreven bijzondere bewijsregel voor het gehele gebied van het bewijs van causaliteit en schade.

Toch kan men zeker aanvoeren dat de geschonden norm *tevens* strekt ter bescherming tegen het soort risico dat zich hier heeft verwezenlijkt. Het is immers duidelijk dat een gebruiker van een productiemachine commerciële belangen heeft bij het van meet af aan adequaat functioneren daarvan. En van de plicht van de leverancier om een deugdelijk functionerende machine te leveren kan men met recht zeggen dat die strekt om de koper te beschermen tegen alle schadelijke gevolgen van niet-deugdelijk functioneren. Maar die bescherming is niet meer specifiek genoeg om uitsluitend op die grond de bewijslast op de leverancier te leggen. Die afweging valt pas weer anders uit wanneer er ook (enige) grond zou bestaan voor een feitelijk vermoeden van causaal verband.

Dat is naar mijn mening net een slag anders bij de schending van een op het eerste gezicht sterk verwante norm zoals in Beurskens/Notarissen, waar de notaris verzuimde op tijd een verlengingsverzoek in te dienen voor een pacht-overeenkomst.⁴⁸¹ Ook hier kan men zeggen dat de geschonden norm ('gij zult de opdrachten die u accepteert, tijdig uitvoeren') een algemenere strekking heeft dan de bescherming tegen specifiek het soort risico (de niet-verlenging van Beurskens' pachtovereenkomst) dat zich hier heeft verwezenlijkt. Men kan in elk geval niet zeggen dat deze norm juist vanwege het desbetreffende risico bestaat. De bestaansreden van de verplichting om een geaccepteerde opdracht tijdig uit te voeren is van algemenere aard. Als we deze casus vergelijken met die van Dicky Trading, dan is het onderscheid op dit punt duidelijk.

Wel kan ook hier, net als in het voorbeeld van de gebrekkige machine, worden aangevoerd dat deze algemene norm *tevens* strekt ter bescherming tegen het soort risico dat zich hier heeft verwezenlijkt. En als men daartegenin zou willen brengen dat die bescherming niet specifiek genoeg is om enkel op die grond de bewijslast op de notaris te leggen, manifesteert zich naar mijn mening een essentieel verschil. Het verband tussen normschending en schade is hier zoveel nau-

481. Zie § 4.1.

wer dan bij de gebrekkige machine, dat met recht kan worden betoogd dat de norm *in dit concrete geval* primair strekt ter bescherming tegen het risico dat de pachtovereenkomst niet zou worden verlengd. Het enige doel van de opdracht was immers gelegen in het zo mogelijk verlengen van die overeenkomst, het centrale belang van Beurskens bij een correcte nakoming door de notaris was juist dáárin gelegen. Dat maakt dat in beginsel een voldoende nauw verband bestaat tussen de strekking van de geschonden norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt, om de omkeringsregel toe te passen.

Maar net zo sterk als in *Dicky Trading* en *MCL/In 't Hout* is deze rechtvaardiging niet. Daarom komt een groter gewicht toe aan andere factoren, met als belangrijkste die van het feitelijke vermoeden. Omdat de uitleg van de notaris over de bedoelingen van partijen bij de pachtovereenkomst op voorhand het meest aannemelijk leek, bestond een bepaald feitelijk vermoeden dat geen causaal verband bestond. Daar kwam bij dat Beurskens voor bewijslevering de meest gereede partij was omdat de bedoelingen van partijen bij de pachtovereenkomst een kwestie was die in de eerste plaats Beurskens en niet de notaris raakte. Ook zou men nog kunnen laten meewegen dat bij dit soort normovertredingen geen structurele bewijsnood bestaat. Al deze aspecten tezamen genomen bestond er naar mijn mening onvoldoende grond om, indien de Hoge Raad dat daadwerkelijk in overweging zou hebben genomen,⁴⁸² de omkeringsregel toe te passen. Maar dat was naar mijn mening anders geweest als niet een feitelijk vermoeden in het voordeel van de notaris had bestaan.

Maar niet alleen wanneer het qua verband tussen norm en risico niet om het allersterkste geval gaat, kan een feitelijk vermoeden de doorslag geven. Een voorbeeld is de casus van het arrest *Kramer/ABN AMRO*. Zoals beschreven in § 5.1 was het beslag dat op het boerenbedrijf van Kramer was gelegd, niet onrechtmatig omdat het zonder geldige reden werd gelegd (op dit punt dreigt in de literatuur een misverstand te ontstaan),⁴⁸³ maar omdat het qua omvang en duur “buitensporig en dus onrechtmatig” was. En de norm ‘gij zult op uw debiteur geen beslag leggen dat qua omvang en duur buitensporig is’ beschermt naar mijn mening wel degelijk zodanig specifiek tegen het risico dat zich hier had verwezenlijkt (de gedwongen liquidatie van het bedrijf), dat toepassing van de omkeringsregel in beginsel in de rede had gelegen.⁴⁸⁴ Men kan zelfs zeggen dat deze norm juist vanwege het desbetreffende risico bestaat, zij het dat de norm daarnaast ook beoogt minder ernstige consequenties van het disproportioneel afknijpen van de debiteur te voorkomen. Ik acht de casus op dit punt een heel eind vergelijkbaar met die van *Dicky Trading* en *MCL/In 't Hout*. Door het deskundigenbericht en het onderbouwde verweer van de Bank was het echter zodanig onaannemelijk geworden dat causaal verband bestond, dat toepassing van de

482. Zoals uiteengezet in § 4.6 heeft de Hoge Raad in dit arrest naar mijn mening *Dicky Trading II* en de daarin door hemzelf gegeven algemene omkeringsregel eenvoudig over het hoofd gezien. De beslissing van de Hoge Raad dat het hof de bewijslast niet onjuist had verdeeld, was nadrukkelijk mede gebaseerd op het oordeel van het hof dat de uitleg van de notaris over de bedoelingen van partijen bij de pachtovereenkomst het meest voor de hand lag (zie § 4.1).

483. Zie bijv. Sieburgh, WPNR 2001, p. 590 l.k.

484. Anders: Klaassen, A&V 1998, p. 148.

omkeringsregel niet langer op zijn plaats zou zijn geweest. Zoals gezegd kan men zelfs stellen dat het hof materieel gezien de bewijslast hééft omgekeerd, door eerst te overwegen dat causaal verband voorshands aannemelijk was, en zich daarna door het deskundigenbericht en het verweer van de Bank van het tegendeel te laten overtuigen. Het hof had de mogelijkheid van causaal verband welwillend en grondig onderzocht, en was uitvoerig gemotiveerd teruggekomen op zijn overweging dat causaal verband voorshands aannemelijk leek. Onder die omstandigheden zou toepassing van de omkeringsregel zijn gekomen als mosterd na de maaltijd.

14.4 HET 'SPECIFICITEITSVEREISTE'

Wat ik met deze voorbeelden hoop te hebben laten zien, is dat de mate waarin een norm specifiek tot bescherming tegen een bepaald soort risico strekt, variabel is. Ook als men het omgekeerd benadert, en erop wijst dat de verwezenlijking van het risico het typische gevolg van de normschending is, geldt dat dat in meer of mindere mate het geval kan zijn. Sprekende voorbeelden van typische gevolgen zijn de casus van Windmill/Roelofsen, Dicky Trading en MCL/In 't Hout, Sint-Willibrord spreekt mij al minder aan, en een duidelijk niet zo typisch gevolg was het ongeval in Oude Monnik Motors.

Wat specifiek en typisch genoeg is voor toepassing van de omkeringsregel laat zich niet in algemene termen formuleren. Wel meen ik dat de grens vrij streng moet worden getrokken, omdat het opzadelen met de bewijslast van de gedaagde een relatief sterk middel is, terwijl er tal van alternatieven zijn om de benadeelde tegemoet te komen. Als niet kan worden gezegd dat de geschonden norm *ten minste in het betreffende geval primair de strekking had om tegen het verwezenlijkte risico te beschermen* (zoals dat wél kan in de casus van Beurskens/Notarissen), zal het verband doorgaans niet nauw genoeg zijn om uitsluitend op die grond de gedaagde met de bewijslast op te zadelen. Ik meen dat zo het Oude Monnik Motors-arrest en de informed consent-arresten kunnen worden begrepen. Maar het Sint-Willibrord-arrest laat zien dat zelfs dit (redelijk vage) criterium niet als een harde ondergrens voor de toepasselijkheidsvereisten van de omkeringsregel kan worden opgevat. De norm die daar geschonden was, strekte naar mijn mening primair tot bescherming van de patiënt, en slechts in afgeleide zin tot bescherming van derden. Maar omdat het qua feitelijk vermoeden van causaal verband een dubbeltje op zijn kant was, was het verband tussen de beschermende strekking van de norm en het risico dat zich had verwezenlijkt, tóch voldoende nauw om de balans in het voordeel van de benadeelde te laten doorslaan.

De vraag hoe nauw deze band in een concreet geval precies is, wordt ook gekenmerkt door een onvermijdelijke vaagheid. Doorgaans zit er een zekere rek in de wijze waarop men de strekking van de norm precies onder woorden kan brengen: hoe dichter tegen de zich voordoende casus aan die strekking wordt

geformuleerd, des te nauwer dat verband zal zijn.⁴⁸⁵ En ook sommige risico's kan een vrij algemeen karakter worden toegedacht, zoals Sint-Willibrord laat zien.

Om het vereiste onder woorden te brengen dat de geschonden norm voldoende specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen juist dat risico dat zich heeft verwezenlijkt, zal ik in het navolgende kortweg spreken van het 'specificiteitsvereiste'. Het zal duidelijk zijn dat een bepaalde verwantschap bestaat met het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. Maar omdat dit een heel andere functie vervult, en het bij de omkeringsregel gaat om een veel strenger criterium dat bovendien ook nog eens qua inhoud varieert onder invloed van een andere factor (het feitelijke vermoeden), lijkt het mij vooralsnog verstandig om verdere suggesties van overeenkomst zo veel mogelijk te beperken. Vooralsnog, omdat in de verhouding tussen beide vereisten naar mijn mening een interessante onderzoeksvraag ligt besloten. Het is niet ondenkbaar dat het aspect van de relativiteit zich laat uitwerken tot een element dat beide criteria omvat. Daarbij wordt aan het ene einde van het spectrum het recht op schadevergoeding uitgesloten (door art. 6:163 BW) en aan het andere einde van het spectrum het recht op schadevergoeding onder omstandigheden door middel van bewijslastomkering nader versterkt (door de omkeringsregel). Ik laat deze kwestie hier verder rusten.

14.5 DE TOEPASSINGSVEREISTEN VAN DE OMKERINGSREGEL: COMMUNICERENDE VATEN

Of toepassing van de omkeringsregel in een concreet geval is gerechtvaardigd, hangt dus behalve van het verband tussen norm en risico, ook af van de mate waarin een feitelijke vermoeden van causaliteit bestaat. En ook dat is geen zwart/wit kwestie maar een variabele grootheid. Voor toepassing van de omkeringsregel moet dus worden gekeken naar de optelsom van twee variabelen: de mate waarin de geschonden norm specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen juist het risico dat zich heeft verwezenlijkt, plus de mate waarin een feitelijke vermoeden van causaal verband bestaat. Deze vereisten verhouden zich tot elkaar als twee communicerende vaten: naarmate aan het ene vereiste meer is voldaan, worden aan het andere lagere eisen gesteld. En wanneer hun optelsom tot een grensgeval leidt, zijn er nog bijkomende argumenten die de doorslag kunnen geven, zoals het zich voordoen van een structurele bewijsnood, de vraag wie de meest gereede partij is om het betreffende bewijs te leveren, en – in zoverre heeft Nieuwenhuis zeker gelijk – het verzekeringsaspect.⁴⁸⁶

14.6 DE PLAATS VAN DE OMKERINGSREGEL IN EEN CAUSALE KETEN MET MEERDERE SCHAKELS – BIJVOORBEELD BIJ WHIPLASH

In hoofdstuk 4 probeerde ik te laten zien hoe naar de letter van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bijna het gehele gebied van het bewijs van schade binnen het bereik van de omkeringsregel kan worden gebracht. Een van de oorza-

485. Dit mechanisme speelt ons ook parten wanneer wij willen beoordelen of sprake is van structurele bewijsnood. Zie Visser, TCR 2001, p. 18 en Giesen, diss., p. 457-458.

486. Zie in § 6.6 in de tekst bij voetnoot 213.

ken hiervan is dat tussen de aansprakelijkheidscheppende gedraging van de gedaagde, en de verschillende schadeposten die de benadeelde stelt daardoor te hebben geleden, een causale keten met meerdere schakels kan zitten. In § 4.3 illustreerde ik dit aan de hand van de casus van de arresten Vehof/Helvetia⁴⁸⁷ en Zwolsche Algemeene/De Greef,⁴⁸⁸ die beide betrekking hebben op whiplashklachten na een aanrijding. Ik liet daar zien dat de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule niet alleen op de eerste schakel in de causale keten kan worden toegepast (het verband tussen het rijgedrag van de aansprakelijke partij en het ongeval), maar zich ook naar toepasselijkheid op latere schakels toe laat formuleren. Zoals het verband tussen ongeval en whiplashklachten, het verband tussen whiplashklachten en het niet met goed gevolg afronden van een opleiding, het verband tussen dat niet afronden en het niet verkrijgen van een daarbij aansluitende baan, het verband tussen dat niet verkrijgen en andere inkomsten- en uitgaven beïnvloedende stappen die de benadeelde in zijn leven heeft gezet of gezet zou kunnen hebben, enzovoort.

Een voor de praktijk belangrijke vraag is of de omkeringsregel ook kan worden toegepast op het veel omstreden verband tussen ongeval en arbeidsongeschiktheid wegens whiplashklachten. In de lagere rechtspraak is dat reeds enkele malen gebeurd,⁴⁸⁹ in de literatuur lopen de meningen hierover uiteen.⁴⁹⁰ In dit verband wordt veelvuldig gerefereerd aan de Conclusie van A-G Bakels voor het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef, dat al verschillende keren ter sprake kwam.⁴⁹¹ Zoals gezegd ging het daar om de vraag of causaal verband bestond tussen het ongeval en de door De Greef gestelde arbeidsongeschiktheid.⁴⁹² Het hof laat de bewijslast inzake het causaal verband bij De Greef, maar oordeelt op basis van de in § 12.4 beschreven bewijslastverlichting⁴⁹³ dat dit verband voldoende is komen vast te staan. A-G Bakels merkt hierover op:

“In het onderhavige geval zou ik zeggen dat degene die met 50 km/uur op een rood stoplicht afrijdt, het risico op het ontstaan van schade door een aanrijding in het leven roept, zodat de omkeringsregel toepasselijk is als de aanrijding vervolgens plaatsvindt. Dit betekent dat het hof in onze zaak de bewijslast niet juist heeft verdeeld omdat de (WAM-verzekeraar van de) dader had behoren aan te tonen dat de schade ook zou zijn geleden (lees: De Greef zijn gezondheidsklachten ook zou hebben gehad) zonder die aanrijding.”⁴⁹⁴

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand. Over de toepasselijkheid van de omkeringsregel laat hij zich niet uit. De Hoge Raad kwam daar niet aan toe omdat De Greef tegen de bewijslastverdeling geen (incidenteel) cassatieberoep

487. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

488. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

489. Zie bijv. Hof Arnhem 3 april 2001, LJN AB1425 en Pres. Rb. Groningen 9 februari 2001, KG 2001, 81.

490. Zie de verwijzingen in voetnoot 139.

491. Zie § 4.3 en § 12.4.

492. Zie voor de casus in § 4.3 de tekst bij voetnoot 133.

493. Zie in § 12.4 het citaat in de tekst bij voetnoot 424.

494. Voetnoot 5 bij de Conclusie OM.

had ingesteld. De Grief had daarbij ook geen belang, nu het hof hem in zijn bewijsl levering geslaagd had geacht. Bijgevolg geeft het arrest geen uitsluitend over de toepasselijkheid van de omkeringsregel bij het bewijs van het oorzakelijk verband tussen een ongeval en whiplashklachten.⁴⁹⁵

Naar mijn mening volgt uit de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel zoals in dit en het vorige hoofdstuk beschreven, dat van toepassing van de omkeringsregel op het verband tussen een verkeersongeval en whiplashklachten geen sprake kan zijn.⁴⁹⁶ Die rechtvaardiging is immers gelegen in het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt, eventueel aangevuld met een feitelijk vermoeden van causaal verband. Dat maakt dat de omkeringsregel niet kan worden toegepast op het mogelijke verband tussen de normschending en ieder evenement dat zich maar laat betitelen als een 'risico dat zich heeft verwezenlijkt', maar alléén op het mogelijke verband met dát evenement waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen. Bij verkeersregels is dat evenement gelegen in het ongeval, en niet in de mogelijke gevolgen daarvan die zich verder in de causale keten bevinden, zoals het door het ongeval ontstaan van whiplashklachten, het door die whiplashklachten ontstaan van arbeidsongeschiktheid, het door die arbeidsongeschiktheid ontstaan van arbeidsvermogensschade, enzovoort. Ten aanzien van die risico's wordt niet voldaan aan het specificiteitsvereiste.

In het hiervoor weergegeven citaat laat A-G Bakels zich – zoals zoveel anderen – op het verkeerde been zetten door de (veel te) ruime bewoordingen van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule. Het gaat echter niet om de toepasbaarheid van een formule, maar om inhoudelijke voorwaarden. Uit de rechtvaardiging van de omkeringsregel vloeit logisch voort dat zijn toepasselijkheid dient te worden beperkt tot dié schakel in de causale keten, waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen. Dat zou in theorie wel het ontstaan van whiplashklachten kunnen zijn, maar dan zou het moeten gaan om de schending van een norm die specifiek tegen het risico van het ontstaan van whiplashklachten beoogt te beschermen, bijvoorbeeld het niet uitrusten van een auto met hoofdsteunen of iets dergelijks. Bij de schending van verkeersregels is dit niet aan de orde, omdat hun beschermende strekking van veel algemener aard is. Ik kan mij ook niet een gang van zaken voorstellen waarbij men kan zeggen dat de geschonden verkeersregel *in het betreffende geval* primair strekt ter bescherming tegen het risico van het ontstaan van whiplashklachten.⁴⁹⁷

Geen toepassing van de omkeringsregel op het verband tussen ongeval en whiplash dus. Dat zou naar mijn mening voor deze gevoelige materie ook een te

495. Enzo Houben, PIV Bulletin 2001/5, p. 4 l.k., Kottenhagen, NdBW 2001, p. 112 r.k.

496. Dit behoudens voorzover die toepassing in een concreet geval uitsluitend zou worden gebaseerd op een feitelijk vermoeden van causaal verband. Maar dan is het zuiverder (en dus eigenlijk ook geboden) om het oordeel dat de bewijslast op de gedaagde rust, niet te motiveren met een beroep op de omkeringsregel, maar met de constatering dat causaal verband voorshands aanneemelijk is.

497. Ook van de norm 'gij zult tijdig remmen en niet op uw voorligger botsen' zou ik zeggen dat haar beschermende strekking algemener is (blikshade, letsel in het algemeen, en de veiligheid van de overige weggebruikers).

grof middel zijn.⁴⁹⁸ De in § 12.4 beschreven genuanceerde benadering van het hof in Zwolsche Algemeene/De Greef lijkt mij veel evenwichtiger.

14.7 BEPERKING TOT DIÉ SCHAKEL IN DE CAUSALE KETEN, WAARIN HET RISICO SPEELT WAARTEGEN DE GESCHONDEN NORM SPECIFIEK BEOOGT TE BESCHERMEN

Het zal duidelijk zijn dat de bovenstaande beperking van belang is voor alle gevallen waarbij in de causale keten meerdere schakels kunnen worden onderscheiden, en niet alleen bij het ontstaan van whiplashklachten. De rechtvaardiging van de omkeringsregel brengt mee dat zijn toepasselijkheid steeds is beperkt tot eventuele causaliteitsonzekerheid in dié schakel in de causale keten, waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen. Alleen ten aanzien van dát risico kan zijn voldaan aan het specificiteitsvereiste.

In veel gevallen zal dit de *eerste* schakel zijn (tenminste wanneer men begint te tellen vanaf de gedraging waarin de onrechtmatigheid of de tekortkoming is gelegen), maar niet altijd. Dat hangt eenvoudig af van de beschermende strekking van de norm. Een voorbeeld is de casus van het arrest Kramer/ABN AMRO,⁴⁹⁹ waarin tussen de geschonden norm ('gij zult op uw debiteur geen beslag leggen dat qua omvang en duur buitensporig is') en het risico waartegen zij specifiek beoogt te beschermen (hier: de gedwongen liquidatie van het bedrijf), een verhoudingsgewijs lang causaal traject is gelegen. Daarin kunnen een flink aantal afzonderlijke schakels worden onderscheiden, hetgeen het hof ook expliciet gedaan heeft.⁵⁰⁰ Dat wil naar mijn mening niet zeggen dat de omkeringsregel niet toepasselijk kan zijn, maar slechts dat de aansprakelijke partij door het grote aantal tussenliggende schakels in het algemeen meer kans zal hebben om aanknopingspunten voor tegenbewijs te vinden. Het is deze mogelijkheid die de Bank in deze procedure met succes heeft weten te benutten.

Het zij erkend dat niet steeds duidelijk is in hoeverre verschillende schakels kunnen of moeten worden onderscheiden. De grenzen zijn vloeiend, en met enige moeite kan men van alle gevallen waarin niet is voldaan aan het specificiteitsvereiste, zeggen dat dit komt omdat het causaliteitsprobleem zich in een andere 'schakel' voordoet dan die waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm beoogt te beschermen. Ook Oude Monnick Motors en de informed consent-arresten kunnen zo worden verklaard. Wat dit betreft kan één en dezelfde casus vaak op verschillende manieren worden beschreven, die alle min of meer adequaat zijn. Maar hoe men een bepaalde casus op dit punt ook precies omschrijft, het gaat steeds om de vraag of de beschermende strekking van de

498. In dezelfde zin Endedijk, TVP 2001, p. 91.

499. Zie § 5.1.

500. Het hof heeft in dit verband onder meer onderscheid gemaakt tussen "het beslag, optredend liquiditeitsgebrek, onvermogen voldoende voeder en kunstmest bij te kopen ondanks uit veeverkopen vrijkomende gelden, teruglopende melkoprangst vanwege minder vee en teruglopende conditie van verbleven vee, toekenning van onvoldoende melkquotum wegens te weinig melkoprangst in het peiljaar 1983, te geringe cashflow, aantasting van de rentabiliteit en uiteindelijk staking van zijn bedrijf" (2e tussenarrest, r.o. 17).

norm voldoende specifiek betrekking heeft op dát risico, waarin de causaliteitsonzekerheid die men wenst te overbruggen, is gelegen. Dat in de causale gang van zaken ook nog andere evenementen kunnen worden onderscheiden die betiteld kunnen worden als een ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’, is voor de beantwoording van die vraag niet relevant.

Ik merk nog op dat de beperking van de toepasselijkheid van de omkeringsregel tot één specifieke schakel in de causale keten (meestal dus de eerste) ook daarom is geboden, omdat een uitgebreidere toepassing tot veel te vergaande resultaten zou leiden. Zo kan het bijvoorbeeld niet verbazen dat in Duitsland, waar men reeds lang ervaring heeft met bewijslastomkering met betrekking tot het causaal verband bij een medische fout die gekwalificeerd kan worden als een ‘*grobe*’ of ‘*schwere*’ *Behandlungsfehler*,⁵⁰¹ slechts aan de voorwaarden daarvoor is voldaan wanneer zich in concreto juist dát risico verwezenlijkte, waardoor de fout als ‘*grob*’ kan worden aangemerkt, en deze bewijslastomkering is beperkt tot het verband tussen de fout en de verwezenlijking van dit risico. Het causaal verband tussen deze *Primärschaden* en gevolgschades, zoals vermogensschade en verder letsel, moet volgens de gewone regels worden bewezen.⁵⁰²

14.8 NIET ‘DE SCHADE’ MAAR ‘HET RISICO’ MOET HET SPECIFIEKE BESCHERMINGSDOEL ZIJN VAN DE GESCHONDEN NORM

Met het oog op de (te) grote aandacht die uitgaat naar de precieze bewoordingen van de omkeringsregel, en om verdere spraakverwarring zo veel mogelijk te voorkomen, merk ik in dit verband nog het volgende op. Zoals gezegd dient de toepasselijkheid van de omkeringsregel te worden beperkt tot eventuele causaliteitsonzekerheid in dié schakel in de causale keten, waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen. Nu kan het zo zijn dat de schade waarvoor de benadeelde vergoeding vordert, precies in die schakel is gelegen, maar het kan ook heel goed zijn dat die schade geheel of gedeeltelijk pas verder in de causale keten is ontstaan.⁵⁰³ ‘Het risico’ en ‘de schade’ vallen dus niet noodzakelijkerwijs samen. Ook Sieburgh heeft, naar aanleiding van het Oude Monnick Motors-arrest, hierop gewezen,⁵⁰⁴ daarin nagevolgd door A-G Hartkamp in zijn Conclusie voor het tweede informed consent-arrest.⁵⁰⁵

Dit maakt het minder juist om te zeggen dat voorwaarde voor toepasselijkheid van de omkeringsregel is, dat de *schade* het typische gevolg is van de normschending, of dat de norm specifiek tegen het ontstaan van de *schade* beoogt te beschermen – zoals ik ook zelf korthedshalve wel doe. Die schade kan immers gemakkelijk zodanig verder weg in de causale keten zijn gelegen dat zij moeilijk

501. Zie over dit leerstuk Akkermans, diss., p. 163 e.v.; Giesen (1999), p. 115 e.v.

502. Zie Akkermans, diss., p. 164.

503. Bij letselshade is dat in zeker opzicht altijd het geval. Letsel als zodanig vormt immers nog geen vergoedbare vermogensschade, maar kan op zijn beurt op velerlei wijzen tot vermogensschade leiden. Ook in deze schakel kan het vaststellen van causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non*) problemen geven.

504. Sieburgh, WPNR 2001, p. 590 (zie ook haar voetnoot 78).

505. Conclusie OM voor HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JMBV (informed consent: dwarslaesie na operatie wervelkolom), onder 6 en 7.

meer een typisch gevolg genoemd kan worden, noch het specifieke beschermingsdoel van de norm. Een voorbeeld is de casus van Sint-Willibrord.⁵⁰⁶ Waar het om gaat, is niet dat de schade, maar het *risico* dat zich heeft verwezenlijkt, als typisch gevolg, respectievelijk specifiek beschermingsdoel, kan worden aangemerkt, waarbij men in plaats van ‘risico’ ook kan spreken van ‘gevaar’, of een ander equivalent kan gebruiken, zoals ‘onheil’ of ‘dreiging’.

Hierbij teken ik nog aan dat ik er de voorkeur aan geef om niet het typisch zijn van het gevolg te benadrukken, maar het specifieke beschermingsdoel van de norm. Dit niet zozeer omdat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat van de norm naar het risico wordt geredeneerd, in plaats van andersom – dat zou uiteindelijk niet uit moeten maken – maar omdat daarmee meer de nadruk wordt gelegd op de *specifieke strekking* van de norm. En dat brengt ons naar mijn mening het dichtste bij de kern van de zaak. Ook daarom ben ik in dit hoofdstuk gaan spreken van het ‘specificiteitsvereiste’. Het zal duidelijk zijn geworden dat niet ten aanzien van de *schade*, maar ten aanzien van het *risico*, aan dat specificiteitsvereiste moet zijn voldaan.

506. Vgl. Kaandorp, TVP 2001, voetnoot 15.

15 De eisen aan het tegenbewijs

15.1 INLEIDING

In hoofdstuk 2 gaf ik aan dat tot dusver de vraag onbeantwoord bleef welke eisen precies moeten worden gesteld aan het tegenbewijs dat de aansprakelijk gestelde partij moet leveren wanneer de omkeringsregel van toepassing is.⁵⁰⁷ Ik doel hiermee op de zogenaamde ‘bewijswaarderingsmaatstaf’, de mate van bewijs die in het kader van de bewijswaardering nodig is om te kunnen zeggen dat het tegenbewijs inderdaad geleverd is.⁵⁰⁸ In de literatuur lopen de opvattingen hierover uiteen, de Hoge Raad heeft zich over deze kwestie nooit expliciet uitgelaten. In dit hoofdstuk zal ik trachten deze kwestie te beantwoorden.

Ik wijs er nog op dat in mijn opvatting bij de omkeringsregel eigenlijk niet echt sprake is van bewijslastomkering. Omdat naar mijn mening bij het bewijs van schade en causaal verband in werkelijkheid een neutraal uitgangspunt wordt gehanteerd (zie hoofdstuk 12), is strikt genomen slechts sprake van bewijslastverschuiving of bewijslasttoedeling. In abstracto staat niet bij voorbaat vast op wie de bewijslast met betrekking tot de vergelijkingshypothese behoort te rusten, en toepassing van de omkeringsregel is gewoon één van de vele manieren waarop de bal van het bewijs op het veld van de gedaagde kan worden gelegd. Strikt genomen is dan evenmin sprake van *tegenbewijs*, maar van ‘gewoon’ bewijs. Maar om nu uiterst consequent te gaan doen en in een soort van *newspeak* een heel boek lang te gaan spreken van de ‘verschuivingsregel’ of de ‘toedelingsregel’ leek mij de verteerbaarheid van mijn teksten niet echt ten goede komen. Daarom heb ik het maar op de ‘omkeringsregel’ gehouden. Om dezelfde redenen zal ik ook gewoon blijven spreken van ‘tegenbewijs’.

15.2 OPVATTINGEN IN DE LITERAATUUR

Zoals uiteengezet in § 2.4 wordt in de literatuur wel onderscheid gemaakt tussen ‘gewoon’ tegenbewijs en ‘tegendeelbewijs’. Met ‘gewoon’ tegenbewijs wordt bedoeld dat de gedaagde een vermoeden of een voorshandse aannemelijkheid kan ontkrachten door voldoende twijfel te zaaien over de juistheid van die aanname. Bij ‘tegendeelbewijs’ zou de gedaagde tot volle overtuiging van de rechter moeten bewijzen dat het tegendeel het geval is.⁵⁰⁹ Bij ‘oneigenlijke’ of ‘onzuivere’ bewijslastomkering zou tegenbewijs voldoende zijn, maar bij ‘echte’ bewijslastomkering (of ‘bewijsrisico-omkering’) zou tegendeelbewijs zijn vereist.⁵¹⁰

507. Zie § 2.4.

508. Zie Giesen, diss., p. 11.

509. Zie Giesen, diss., p. 14.

510. Zie Giesen, diss., p. 13-14; Asser (1992), p. 23.

Volgens Giesen gaat het bij de omkeringsregel om een ‘echte’ bewijsrisico-omkering waarbij van de gedaagde tegendeelbewijs wordt verlangd.⁵¹¹ Hij leidt dat af uit de omstandigheid dat de Hoge Raad de omkeringsregel zo formuleert “dat de gedaagde moet stellen *en bewijzen*”.⁵¹² De achtergrond hiervan is dat de Hoge Raad bij de ‘oude’ ongevallenformulering het te leveren tegenbewijs lange tijd aldus formuleerde dat de gedaagde dient te stellen en bewijzen dat naleving van de betrokken norm ‘het ongeval waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen’. Later is hij het woord ‘waarschijnlijk’ gaan weglaten,⁵¹³ en ook in de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule zoals die sinds het Dicky Trading-arrest wordt gehanteerd, is het woord ‘waarschijnlijk’ niet meer opgenomen.

Ook Brunner meent op grond hiervan dat de eisen die aan het te leveren tegenbewijs worden gesteld, zijn verzwaaard. In zijn noot onder het Sint-Willibrord-arrest schrijft hij:

“Het is dus niet meer voldoende om te bewijzen dat de schade ‘waarschijnlijk’ (of nog zwakker: ‘mogelijk’) ook zou zijn ontstaan als de veiligheidsnorm niet was overtreden. Het in beginsel gegeven causaal verband tussen de overtreding van de veiligheidsnorm en de ontstane schade kan alleen worden doorbroken door het bewijs dat de overtreding geen rol heeft gespeeld in de keten van gebeurtenissen die tot de schade hebben geleid.”⁵¹⁴

Vranken, die op dit punt naar Brunner verwijst, meent eveneens dat aan het slaan van het tegenbewijs hoge eisen worden gesteld: “Zekerheid, althans hoogste waarschijnlijkheid is vereist.”⁵¹⁵

Boonekamp wijst erop dat men bij de vaststelling van *conditio sine qua non*-verband een hypothetische toestand in de vergelijking betreft, zodat met betrekking tot het bewijs van dit verband geen absolute zekerheid kan worden geëist:

“Een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de schade niet, respectievelijk ook ingetreden zou zijn zonder de desbetreffende gebeurtenis, is voldoende.”

Ook Kaandorp meent dat het hypothetische element in het *conditio sine qua non*-verband meebrengt, dat ook voor de conclusie dat dit verband afwezig is:

511. Giesen (1999), p. 70-71; Giesen, diss., p. 116-117.

512. Zie Giesen, diss., p. 140, voetnoot 67.

513. Het woord ‘waarschijnlijk’ (of ‘waarschijnlijkheid’) wordt gebruikt in de arresten HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (De Groot/RAGOM); HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen); HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen's BV); HR 25 juni 1992, NJ 1992, 686 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I) en HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits). Het wordt niet gebruikt in de arresten HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Rebecca Visser); HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert); HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis); HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS (Gouda/Lutz).

514. Brunner, noot bij Sint-Willibrord, onder 1.

515. Vranken, noot bij Oude Monnik, onder 11. Zie voorts m.b.t. art. 7:658 N. Frenk, A&V 1996, p. 81 r.k.

“toch genoeg zou moeten worden genomen met een bepaalde mate van waarschijnlijkheid. Dat dit een zeer grote mate van waarschijnlijkheid zou moeten zijn, doet daar niet aan af.”⁵¹⁶

In zijn kritiek op het Sint-Willibrord-arrest doet Drion, als één van de mogelijkheden om de gevolgen van de omkeringsregel binnen de perken te houden, het voorstel om geen hoge eisen te stellen aan het tegenbewijs.⁵¹⁷ In zijn aanvullende Conclusie voor Oude Monnick Motors merkt A-G Bakels op dat deze suggestie ook naar zijn mening “de aandacht [verdient]”.⁵¹⁸

15.3 EIGEN OPVATTING: GEEN TEGENDEELBEWIJS MAAR VARIABLE EISEN

Ik geloof wel in het nut van het onderscheid tussen ‘echte’ en ‘onzuivere’ bewijslastomkering, en het daaraan vastgeknoopte verschil tussen tegenbewijs en tegendeelbewijs in het algemeen, maar meen dat dit onderscheid geen doel treft bij het bewijs van de vergelijkingshypothese. Zoals uiteengezet in § 12.3 is ‘zekerheid’⁵¹⁹ bij het *conditio sine qua non*-verband uitgesloten.⁵²⁰ Terecht wijzen Boonekamp en Kaandorp daarop. Bij toepasselijkheid van de hoofdregel van artikel 150 Rv is in het algemeen voldoende dat eiser de door hem gestelde vergelijkingshypothese met ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’ aannemelijk kan maken.⁵²¹ Daarmee is niet verenigbaar dat bij bewijslastomkering gedaagde het tegendeel ineens ‘tot volle overtuiging van de rechter’ zou moeten bewijzen. Dat zou neerkomen op het meten met twee maten.

Naar mijn mening vloeien de eisen die aan het tegenbewijs moeten worden gesteld, rechtstreeks uit de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel voort. Zoals uiteengezet in de vorige hoofdstukken is die rechtvaardiging gelegen in de optelsom van twee variabelen: de mate waarin aan het specificiteitsvereiste is voldaan (dat wil dus zeggen de mate waarin de geschonden norm specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen juist het risico dat zich heeft verwezenlijkt) plus de mate waarin een feitelijk vermoeden van causaal verband bestaat. Beide factoren zijn ook bepalend voor de eisen die moeten worden gesteld aan het tegenbewijs.

Voorzover de rechtvaardiging van de toepassing van de omkeringsregel in een concreet geval is gelegen in een feitelijk vermoeden, kan van het tegenbewijs niet méér worden verlangd dan dat het dit vermoeden kan ontkrachten. En daarvoor is geen sterker tegenbewijs nodig dan het vermoeden sterk was. Deze factor leidt derhalve tot eisen aan het tegenbewijs die van geval tot geval zullen variëren.

516. Kaandorp, AA 2001, p. 840-841.

517. Drion, NJB 2000, p. 1959.

518. Aanvullende Conclusie voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnick Motors).

519. Zie over dit begrip in deze context hetgeen opgemerkt in voetnoot 419.

520. Althans in de soort casus waarover wij het hier hebben, d.w.z. waarin de problematiek speelt die aanleiding kan zijn voor toepassing van de omkeringsregel.

521. Zie § 12.4.

Voorzover de rechtvaardiging van de toepassing van de omkeringsregel is gelegen in het voldaan zijn aan het specificiteitsvereiste, zal de drempel voor dat tegenbewijs hoger komen te liggen. Maar zoals uiteengezet in hoofdstuk 14, is de mate waarin een norm aan het specificiteitsvereiste voldoet, eveneens een variabele. De mate waarin door deze factor de lat voor het tegenbewijs hoger wordt gelegd, is dus evengoed een variabele kwestie.

De eisen die aan het tegenbewijs worden gesteld, zijn dus de som van twee variabelen, en daarom zelf ook variabel.

15.4 ILLUSTRATIE VAN DE SAMENHANG TUSSEN RECHTVAARDIGINGSGROND EN TEGENBEWIJS

Dat de eisen die aan het tegenbewijs worden gesteld variabel zijn, houdt in dat zij zich ergens op een glijdende schaal bevinden, die loopt van 'gewoon' tegenbewijs tot het bewijs dat het buitengewoon onwaarschijnlijk is dat de schade zonder de normschending niet ook zou zijn ingetreden. De plaats op deze glijdende schaal van de bewijswaarderingsmaatstaf in een concreet geval hangt rechtstreeks af van de inhoudelijke rechtvaardiging voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel in het betreffende geval. Dit laat zich misschien nog het beste illustreren als wij de in § 14.3 als voorbeeld gebruikte casus een beetje veranderen.

Stel dat in de casus van het arrest Beurskens/Notarissen het oordeel van de Hoge Raad over de toepasselijkheid van de omkeringsregel zou worden gevraagd vóórdát was komen vast te staan dat de uitleg van de notaris over de bedoelingen van partijen bij de pachtovereenkomst de meest aannemelijke was.⁵²² Omdat de geschonden norm tenminste in het concrete geval primair strekt ter bescherming tegen het risico dat zich heeft verwezenlijkt, was naar mijn mening voldoende aan het specificiteitsvereiste voldaan, zij het in mindere mate dan in casus zoals die van Dicky Trading en MCL/In 't Hout. Daarom zou naar mijn mening de omkeringsregel van toepassing moeten worden verklaard, maar zouden relatief lagere eisen aan het tegenbewijs moeten worden gesteld. Het bewijs dat de uitleg van de notaris het meest aannemelijk was, zou in dit geval voldoende zijn geweest.

Dezelfde samenhang tussen rechtvaardigingsgrond en tegenbewijs bestaat wanneer in sterkere mate aan het specificiteitsvereiste is voldaan, zoals in de

522. Ik merk op dat dit, omdat de bewijsmogelijkheden dan nog niet zijn uitgeput, in het systeem van Giesen zou betekenen dat de Hoge Raad zou moeten oordelen over de verdeling van de 'bewijsvoeringslast' en niet over de verdeling van het 'bewijsrisico' (zie Giesen, diss., p. 11 e.v.). En zoals gezegd gaat het bij de omkeringsregel volgens Giesen om een echte bewijsrisico-omkering. De ervaring leert echter dat de Hoge Raad, niet in de laatste plaats doordat partijen van een bewijsinterlocutoir in appel en vervolgens in cassatie kunnen gaan, zich regelmatig over de verdeling van de bewijslast moet uitspreken terwijl de bewijsmogelijkheden verre van uitgeput zijn. Ik zie niet in waarom hij zich dan (nog) niet over de toepasselijkheid van de omkeringsregel zou kunnen of mogen uitspreken. Hetzelfde geldt voor de feitenrechter die een interlocutoir wijst. Zie over deze materie ook Visser, TCR 2002, p. 19-20. In de praktijk ziet men dit ook voortdurend gebeuren. Een voorbeeld is het arrest MCL/In 't Hout, waar in de procedure na verwijzing gedaagden trachten het tegenbewijs te leveren dat toediening van antistolling de trombose toch niet had kunnen voorkomen.

casus van Kramer/ABN AMRO. Stel dat ook hier het oordeel van de Hoge Raad over de omkeringsregel zou worden gevraagd vóórdat de Bank zijn verweer had onderbouwd en vóórdat het deskundigenbericht dat het hof uiteindelijk van gedachten deed veranderen, was uitgebracht. Omdat de geschonden norm nog meer specifiek dan in het geval van Beurskens/Notarissen, strekt ter bescherming tegen juist het risico dat zich heeft verwezenlijkt, is in nog sterkere mate aan het specificiteitsvereiste voldaan. Daarom zou naar mijn mening de omkeringsregel van toepassing moeten worden verklaard (ook het hof had dat in zijn tussenvonnissen kunnen doen), en zouden relatief hogere eisen aan het tegenbewijs op hun plaats zijn geweest. Hogere eisen, maar geen onmogelijke. Het bewijs zoals dat ook in werkelijkheid door de Bank met behulp van het deskundigenbericht werd geleverd, zou in mijn opvatting voldoende zijn geweest om de Bank in haar tegenbewijs geslaagd te achten.

Zelfs in de qua specificiteitsvereiste meest sterke gevallen zoals Dicky Trading en MCL/In 't Hout, is het denkbaar dat de gedaagde zó aannemelijk kan maken dat naleving van de geschonden norm de schade toch niet zou hebben voorkomen, dat het niet langer redelijk is om hem aansprakelijk te houden. Aan alles komt een eind. Ook de in dit soort gevallen aan de benadeelde te bieden extra bescherming houdt op een gegeven moment gewoon op.

15.5 INHOUDELIJKE AANKNOPINGSPUNTEN IN DE ARRESTEN VAN DE HOGE RAAD

Naar mijn mening is tot dusver de aandacht te veel uitgegaan naar de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel. Evengoed als dat wij er beter aan zouden doen om de pretentie los te laten dat die bewoordingen werkelijk voldoende aanknopingspunten bieden voor de vraag of de omkeringsregel in een concreet geval toepasselijk dient te zijn, moeten wij niet denken dat zij werkelijk maatgevend kunnen zijn voor de aan het tegenbewijs te stellen eisen. Ik meen dat Giesen en Brunner de formule van de omkeringsregel te letterlijk lezen. Uit het enkele feit dat de Hoge Raad in die formule het woord 'waarschijnlijk' is gaan weglaten, moeten wij niet afleiden dat hij heeft bedoeld hogere eisen aan het tegenbewijs te stellen. Ook het streven naar een grotere beknoptheid zou dat weglaten kunnen verklaren.

Dit temeer waar de arresten van de Hoge Raad voor het overige geen aanknopingspunten bieden voor een verhoging van die eisen. Giesen ziet een bevestiging van zijn opvatting in het arrest Gouda/Lutz.⁵²³ Maar zoals in § 5.2 is uiteengezet, berust de interpretatie van dat arrest in die zin, dat daaruit zou volgen dat bijzondere eisen aan het tegenbewijs moeten worden gesteld, op een misverstand dat in de hand is gewerkt door de wel erg beknopt uitgevallen motivering. In werkelijkheid volgt uit het arrest niet dat tegendeelbewijs vereist is. Het leert slechts dat het te leveren tegenbewijs wel echt betrekking moet hebben op het *conditio sine qua non*-verband, en niet op het relatieve gewicht van de ene

523. Giesen, diss., p. 140, voetnoot 67.

causale bijdrage ten opzichte van de andere, zoals van belang is bij toepassing van artikel 6:101 BW over 'eigen schuld'.

Ook Snijders speelt de cryptische motivering van het arrest parten.⁵²⁴ De uitbreiding van de formulering van het tegenbewijs die hij voorstelt, is overbodig: het bewijs "dat het ongeval zich zonder zijn onrechtmatige gedrag ook zou hebben voorgedaan" (formulering Hoge Raad) sluit gewoon in het bewijs dat het ongeval "is veroorzaakt door de gelaedeerde zelf of door een derde" (voorstel uitbreiding Snijders).⁵²⁵

Ook in het Sint-Willibrord-arrest zie ik geen aanleiding voor de veronderstelling dat hoge eisen aan het tegenbewijs worden gesteld. In casu bestonden kennelijk niet méér aanknopingspunten voor het bewijs van het al of niet bestaan van *conditio sine qua non*-verband, dan reeds waren verzameld door de door het hof benoemde deskundige, die de betreffende vraag onder meer aan 21 collega-psychiaters had voorgelegd.⁵²⁶ Ook al vind ik het qua specificiteitsvereiste niet de allersterkste casus, er was in voldoende mate aan dat vereiste voldaan om het voordeel van de twijfel aan de benadeelde te gunnen. Dat in casu geen aanknopingspunten meer bestonden voor het leveren van tegenbewijs, wil slechts zeggen dat Sint-Willibrord bijgevolg aan het kortste eind trok, niet dat aan dat tegenbewijs hoge eisen zouden worden gesteld wanneer Sint-Willibrord daar nog wél aanknopingspunten voor had weten te vinden. Zoals uiteengezet in § 6.6 meen ik dat de casus een goed voorbeeld is van een geval waarin slechts gematigde eisen aan het tegenbewijs op hun plaats zijn. Indien een duidelijke meerderheid van de geraadpleegde psychiaters had gemeend dat hun dienstdoende collega het vertrek van de patiënt niet had moeten (trachten te) beletten, zou het oordeel hebben moeten luiden dat voldoende tegenbewijs was geleverd.⁵²⁷

Ik meen dus dat de arresten van de Hoge Raad inhoudelijk gezien geen enkel aanknopingspunt bieden voor de veronderstelling dat bij toepassing van de omkeringsregel tegendeelbewijs vereist zou zijn, of dat anderszins hoge eisen aan het te leveren tegenbewijs zouden moeten worden gesteld. Integendeel, in het arrest MCL/In 't Hout ligt naar mijn mening een aanwijzing besloten dat tegendeelbewijs *niet* wordt vereist. Dit vanwege de formulering door het hof van het door MCL te leveren tegenbewijs. Volgens het hof dienden gedaagden slechts feiten of omstandigheden te bewijzen waarop "met toereikende mate van zekerheid het oordeel kan worden gebaseerd" dat de trombose van In 't Hout ook bij toediening van antistolling zou zijn ontstaan.⁵²⁸ Zoals aangestipt in § 10.5 is dat toch heel wat anders dan 'tot volle overtuiging' bewijzen dat iets het geval is, zoals bij tegendeelbewijs wordt vereist.

524. Zie in § 5.2 de tekst bij voetnoot 175.

525. Zie in § 5.2 de tekst bij voetnoot 178, alsmede de in die voetnoot genoemde auteurs.

526. Zie § 6.3.

527. Of, afhankelijk van het moment waarop het oordeel over de toepasselijkheid van de omkeringsregel zou moeten worden gegeven (voor of na de betreffende bewijslevering), dat de omkeringsregel niet van toepassing was wegens een feitelijk vermoeden dat de andere kant uit wijst.

528. Zie het citaat in § 10.2 bij voetnoot 326.

15.6 'GEDEELTELIJK TEGENBEWIJS': DE MOGELIJKHEID VAN EEN PROPORTIONELE OPLOSSING

Dat geen tegendeelbewijs is vereist, brengt ook mee dat toepassing van de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid elkaar niet uitsluiten, maar uitstekend met elkaar kunnen worden gecombineerd. Zoals aangegeven in § 10.6 komt dit erop neer dat niet alleen als tegenbewijs wordt geaccepteerd het bewijs dat *conditio sine qua non*-verband *afwezig* is, maar ook het bewijs dat een reële *kans* op deze afwezigheid bestaat. Wanneer dit 'gedeeltelijk tegenbewijs' wordt geleverd, kan dat aanleiding zijn om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen.⁵²⁹ Daarbij wordt de omvang van de schadevergoeding in beginsel bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat de normschending tot de gestelde schade heeft geleid.

Ik merk nog op dat de toepasselijkheid van de omkeringsregel ook bij het bepalen van de omvang van een proportionele schadevergoeding relevant kan zijn. De normatieve rechtvaardiging van de omkeringsregel, die het redelijk maakt om causaliteitsonzekerheid in beginsel voor rekening te brengen van de aangesproken partij, kan bij het bepalen van die omvang nog 'doorwerken' in die zin, dat daarbij aan de benadeelde in zekere mate het voordeel van de twijfel kan worden gegund.

Wanneer dat gebeurt, zal dat vaak niet (duidelijk) zichtbaar zijn. Dikwijls ontbreken gegevens waarop een exacte verdelingsmaatstaf zou kunnen worden gebaseerd. Dat maakt van de bepaling van de omvang van een proportionele schadevergoeding een beslissing met een hoog billijkheidsgehalte, net zoals het bepalen van de mate van 'eigen schuld' in het kader van artikel 6:101 BW. Maar onder omstandigheden is de wijze waarop de verdelingsmaatstaf totstandkomt, veel inzichtelijker, met name wanneer tot een proportionele oplossing wordt besloten op basis van bewijsmateriaal dat een duidelijke marge van onzekerheid kent.

Bij statistische gegevens is dat nagenoeg standaard het geval. Van statistische waardes pleegt de mate van nauwkeurigheid expliciet tot uitdrukking te worden gebracht door het aangeven van een bandbreedte waarbinnen zich de gemiddelde waarde bevindt. In de statistiek spreekt men veelal van een 'betrouwbaarheidsinterval'.⁵³⁰

Een voorbeeld is te vinden in de veel besproken asbestzaak Schaier/De Schelde.⁵³¹ Schaier leed aan longkanker die zowel kon zijn veroorzaakt door blootstelling aan asbest bij zijn werkgever De Schelde, als door roken.⁵³² De deskundigen gaven aan dat de kans dat de longkanker van Schaier door asbest was veroorzaakt op 26% lag, met een betrouwbaarheidsinterval tussen de 13% en 36%.⁵³³

529. Of geformuleerd in termen van het verlies van een kans: dit 'gedeeltelijk tegenbewijs' leidt tot het afwijzen van causaal verband met de *definitieve* schade, en het aannemen van causaal verband met de *kansschade*.

530. Zie nader A.J. Van, Bewijs van causaal verband met behulp van epidemiologische gegevens, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgaves, Den Haag, 2000, p. 135-154 (op p. 138-139).

531. Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJkort 1999, 35, VR 1999, 117.

532. Of door een combinatie van beide.

533. Het deskundigenbericht is integraal gepubliceerd in *Letsel & Schade* 1999, p. 10-16.

De kantonrechter veroordeelde De Schelde om 26% van de schade van (de erfgenamen van) Schaier te vergoeden.⁵³⁴ Van heeft aangevoerd dat aan Schaier het voordeel van de twijfel behoorde toe te komen, en dat daarom niet van de middenwaarde van 26%, maar van de bovengrens van het betrouwbaarheidsinterval van 36% had moeten worden uitgaan.⁵³⁵ Ik meen dat voor deze opvatting bij toepasselikheden van de omkeringsregel beslist wat valt te zeggen. Mogelijk geldt dat ook in de context van de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW.⁵³⁶

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 13 is de normatieve rechtvaardiging van de omkeringsregel daarin gelegen dat wanneer een geschonden norm specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dát risico zich verwezenlijkt, het voor rekening van de normschender brengen van eventuele causaliteitsonzekerheid een logisch complement is van de beschermende strekking van de norm. Bij het bepalen van een proportionele schadevergoeding op basis van een gemiddelde kans met een betrouwbaarheidsinterval speelt deze causaliteitsonzekerheid ons nog steeds parten, namelijk in de vorm van de onzekerheid over de grootte van de betreffende kans in het voorliggende individuele geval. Het is de grootte van deze onzekerheid die wordt aangegeven door het betrouwbaarheidsinterval. Indien het redelijk is om causaliteitsonzekerheid voor rekening van de normschender te brengen vóórdat over de veroorzakingswaarschijnlijkheid zoveel is komen vast te staan dat tot een proportionele aansprakelijkheid kan worden besloten, kan het ook redelijk zijn om dat te doen nádat hierover nadere gegevens beschikbaar zijn gekomen. Daarom kan het redelijk zijn om bij het bepalen van de omvang van een proportionele schadevergoeding uit te gaan van een voor de benadeelde meer gunstige waarde binnen het betrouwbaarheidsinterval.

Stel dat in de procedure in MCL/In 't Hout zou komen vast te staan dat de kans dat toediening van antistolling de trombose had voorkomen 26% bedraagt, met een betrouwbaarheidsinterval tussen de 13% en 36%, en dat de rechter op grond hiervan een proportionele schadevergoeding wil toekennen. Op het eerste gezicht ligt het dan voor de hand om, net als in Schaier/De Schelde, de vergoedingsplicht van gedaagden vast te stellen op 26%. Het blijft echter zo dat toediening van antistolling specifiek dient om trombose te voorkomen, dat die toediening door een fout is uitgebleven, en dat onbekend blijft of die toediening in het

534. Zie voor een vergelijkbare beslissing Rb. Den Haag 5 oktober 2000, TAR 2000, 151 (Roosien/Staat), waar het eveneens ging om asbest en roken als mogelijke oorzaken van longkanker (hoger beroep is ingesteld).

535. Van (2000), p. 150.

536. Zoals opgemerkt in § 9.2 gaat het bij artikel 7:658 lid 2 naar mijn mening om een bewijsregel van eigen aard. Een belangrijk onderscheid is dat bij artikel 7:658 de bewijslast al op het bord van de werkgever kan komen vóórdat is komen vast te staan dat een norm werd geschonden die specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen juist het risico dat zich in casu heeft verwezenlijkt, hetgeen zoals gezegd de kern is van de inhoudelijke rechtvaardiging van de ongeschreven omkeringsregel. Is in een bepaald toepassingsgeval van artikel 7:658 van die rechtvaardiging geen sprake, dan kan zij uiteraard ook niet 'doorwerken' bij het bepalen van de omvang van een proportionele schadevergoeding. Daar staat weer tegenover dat betoogd zou kunnen worden dat ook de strekking van artikel 7:658, gezien de sociaal-economische context van deze bepaling, tot een bepaald voordeel van de twijfel voor de werknemer zou moeten leiden. Ik laat deze kwestie hier verder rusten.

individuele geval van In 't Hout succes zou hebben gehad. Omdat de ten onrechte aan In 't Hout onthouden bescherming zo specifiek ziet op het risico dat zich heeft verwezenlijkt, kan het redelijk zijn om de causaliteitsonzekerheid thans in die zin voor rekening van gedaagden te brengen, dat van een voor In 't Hout meer gunstige kans wordt uitgegaan. Mij lijkt dat bijvoorbeeld de beslissing dat gedaagden een derde van de schade moeten vergoeden, heel redelijk zou kunnen zijn.⁵³⁷

De normatieve rechtvaardiging van de omkeringsregel kan bij het bepalen van de omvang van een proportionele schadevergoeding naar mijn mening dus in die zin doorwerken, dat daarbij aan de benadeelde in zekere mate het voordeel van de twijfel kan worden gegund.

15.7 EEN WERELD VAN GLIJDENE SCHALEN

Zoals in dit hoofdstuk uiteengezet, bestaat er in mijn opvatting een directe samenhang tussen de inhoudelijke rechtvaardiging voor de toepassing van de omkeringsregel in een concreet geval, en de eisen die in dat geval worden gesteld aan het tegenbewijs. Naar mate meer aan het specificiteitsvereiste is voldaan, plus naarmate meer een feitelijk vermoeden van causaal verband bestaat, zijn die eisen hoger, en omgekeerd. De omkeringsregel is dus geen zwart/wit instrument maar in alle opzichten variabel. Voor zijn toepasselijkheid gelden variabele eisen, en ook de gevolgen van die toepassing zijn variabel.

Wanneer wij hierbij betrekken wat in hoofdstuk 12 is geschetst, namelijk dat de omkeringsregel moet worden begrepen tegen de achtergrond van een algemene tendens om de benadeelde tegemoet te komen bij het bewijs van causaliteit en schade (of wij die tendens nu verwoorden in een bijzondere bewijsregel of niet), dan ontstaat het beeld van een wereld van glijdende schalen. In het kader van de bedoelde tendens is de omkeringsregel slechts één van de mogelijkheden op een glijdende schaal, die loopt van relatief lichte middelen zoals een verzwaarde stelplicht en voorshandse aannemelijkheid, via bewijslastverlichting in al zijn variaties, naar het verhoudingsgewijs zwaarste middel: het opzadelen van de gedaagde met de bewijslast. Maar hoe zwaar dat middel in een concreet geval werkelijk is, is ook een kwestie van een glijdende schaal. Dat is namelijk afhankelijk van de mate waarin in het betreffende geval inhoudelijke rechtvaardigingsgronden aanwezig zijn voor de beslissing om dat middel toe te passen: de mate waarin aan het specificiteitsvereiste is voldaan, plus de mate waarin een feitelijk vermoeden bestaat. Het is de optelsom van deze twee variabelen, die bepalend is voor de aan het tegenbewijs te stellen eisen.

537. Men kan natuurlijk ook 36% toekennen. Zelf vind ik een nadeel de suggestie van exactheid die daarvan uit zou gaan.

16 Voorstel voor een alternatieve formulering van de omkeringsregel

16.1 INLEIDING

Op verschillende plaatsen in mijn bespreking van de rechtspraak over de omkeringsregel constateerde ik dat de letterlijke bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule niet bepalend kunnen zijn voor haar toepasselijkheid. Ik kwam reeds tot die conclusie in hoofdstuk 4, en vanaf daar waren de tekortkomingen van deze formule een regelmatig terugkerend thema.⁵³⁸ Ik meen dan ook dat de aandacht van de meeste commentatoren (en van de Hoge Raad) tot dusver veel te veel naar deze letterlijke bewoordingen is uitgegaan. Ik denk dat wij er beter aan doen om de pretentie los te laten dat zij werkelijk voldoende aanknopingspunten bieden voor de vraag of de omkeringsregel in een concreet geval toepasselijk dient te zijn. En, zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, evenmin moeten wij ze maatgevend achten voor de aan het tegenbewijs te stellen eisen. Het gaat niet om de toepasbaarheid van een formule, maar om inhoudelijke overwegingen. Dat is en blijft wat mij betreft de kern van de zaak.

De bewoordingen van de algemene omkeringsregel zoals die voor het eerst zijn gebezigd in *Dicky Trading II*, schieten naar mijn mening echter zodanig tekort, dat ik het in dit laatste hoofdstuk waag om een alternatieve formulering voor te stellen die beoogt voor die voorwaarden iets meer aanknopingspunten te bieden.

16.2 DE ‘RISICO DAT ZICH HEEFT VERWEZENLIJKT’-FORMULE REVISITED

Voor het gemak van de lezer geef ik hier de bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule nog een keer volledig weer:

Indien door als een onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven en is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

Het komt mij voor dat deze formule onmiskenbaar een bepaalde verwijzing bevat naar de kern van de normatieve rechtvaardigingsgrond voor de omkeringsregel, die, zoals wij zagen, is gelegen in de nauwe verwantschap tussen de gevaarstelling en het schade-evenement dat daarop is gevolgd. Zij bevat echter geen verwijzing

538. Zie § 6.7, § 8.5, § 8.8, § 8.9, § 9.8, § 11.5 en § 15.5.

naar de strekking van de geschonden norm, en benadrukt ook niet de noodzaak van een nauwe relatie tussen die strekking en het schade-evenement, maar spreekt slechts heel algemeen van het ‘in het leven roepen’ van ‘een risico ter zake van het ontstaan van schade’, en verwijst naar het geval dat ‘dit risico’ zich vervolgens verwezenlijkt. Het probleem van deze bewoordingen is dat hun betekenis zowel te ruim als te beperkt kan worden opgevat.

16.3 TE RUIM: ENIG RISICO

In de beginperiode van de op Dicky Trading gebaseerde rechtspraak werd de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule veelal zeer ruim opgevat. Men kan deze formule immers zo lezen dat het in het leven roepen van *enig* ‘risico ter zake van het ontstaan van schade’ voldoende is. Omdat een wanprestatie of onrechtmatige daad bijna altijd wel enig risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven roept – wat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm betreft, is het vaak juist dit risico dat een gedraging onrechtmatig doet zijn – kan men de regel zo lezen dat hij bijna steeds toepasselijk zal zijn. Het is deze lezing die Drion tot de conclusie bracht dat sprake is van “een aanzienlijke verschuiving van ons materiële recht”,⁵³⁹ en Giesen deed zeggen dat bij algemene toepasselijkheid van de omkeringsregel “het aansprakelijkheidsrecht in Nederland [...] een geheel andere dimensie [zou] krijgen, want het (ontbreken van) causaal verband zou dan in plaats van een voorwaarde voor aansprakelijkheid, een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond geworden zijn.”⁵⁴⁰

Het bedoelde effect is nog sterker dan op het eerste gezicht lijkt. Ik herinner aan de beschrijving in hoofdstuk 4 van de wijze waarop bijna het gehele gebied van het bewijs van schade binnen het bereik van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule kan worden gebracht. Met betrekking tot elke afzonderlijke schadepost waarvan het verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis door de aansprakelijke partij mocht worden betwist, kan naar de toepasselijkheid van deze formule toe worden geformuleerd. Dat kan bovendien voor meer dan één afzonderlijke schadepost tegelijk. Zo roept bijvoorbeeld een verkeersfout tal van risico’s op onfortuinlijke ontwikkelingen bij een letselschadeslachtoffer in het leven. Het in § 4.3 en § 14.6 aangehaalde citaat van A-G Bakels kan illustreren dat men de formule zo ruim kan lezen dat deze kan worden toegepast ongeacht waar in de causale keten het als ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’ aan te duiden evenement zich bevindt.⁵⁴¹

De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel brengt echter mee dat niet het in het leven roepen en zich vervolgens realiseren van *enig* risico op schade aanleiding is om de bewijslast op de aangesproken partij te leggen, maar alleen het zich realiseren van juist dát risico waarop de beschermende strekking van de geschonden norm specifiek betrekking heeft. De consequentie daarvan is onder andere dat de omkeringsregel slechts kan worden toegepast op eventuele

539. Drion, NJB 2000, p. 1956 l.k.

540. Giesen (1999), p. 68 (noten weggelaten).

541. Zie in § 4.3 de tekst bij voetnoot 138, en in § 14.6 de tekst bij voetnoot 494.

causaliteitsonzekerheid in dié schakel in de causale keten, waarin het risico speelt waartegen de norm specifiek beoogt te beschermen.

16.4 TE BEPERKT: HET IN HET LEVEN GEROEPEN RISICO

Voorals sinds het Oude Monnick Motors-arrest wordt de omkeringsregel ook heel beperkt opgevat. Men kan de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule ook zo lezen dat alleen wanneer komt vast te staan dat specifiek het *in het leven geroepen* risico zich heeft verwezenlijkt, het causaal verband in beginsel gegeven is. Naarmate men het betreffende risico meer specifiek formuleert, krijgt de omkeringsregel minder inhoud. Men kan de omkeringsregel zelfs zo lezen dat daarmee in het geheel geen causale onzekerheid meer wordt overbrugd, namelijk door aan te nemen dat het risico dat door de gedraging ‘in het leven is geroepen’ *volledig identiek* dient te zijn aan het risico dat ‘zich vervolgens heeft verwezenlijkt’. Het is deze lezing die Boonekamp doet afvragen of “de regel dan nog wel enige betekenis [heeft]”⁵⁴² en Kaandorp doet concluderen “door van de omkeringsregel een zeer strikte invuloefening te maken, zijn we nu weer terug bij af.”⁵⁴³

Ik herinner aan de voorbeelden die ik gaf in § 8.8. De casus van het Sint-Wilibrord-arrest kan men zo verwoorden dat het risico dat de verpleegkundigen ‘in het leven riepen’, niet het risico was dat de patiënt voor zichzelf en anderen opleverde, maar het risico dat zij de patiënt *ten onrechte* lieten gaan, met het aan zijn toestand inherente gevaar voor hemzelf en derden van dien.⁵⁴⁴ En of dát risico zich had verwezenlijkt, was niet vast komen te staan, en was door Sint-Wilibrord niet minder bestreden dan dat Oude Monnick bestreden had dat het risico van slippen zich had verwezenlijkt. In de casus van Windmill/Roelofsen kan men zeggen dat het risico dat Windmill ‘in het leven riep’, niet het risico was dat iemand van de trap zou vallen, maar het risico dat iemand van de trap zou vallen *omdat daaraan een leuning ontbrak*. Of dát risico zich had verwezenlijkt, was niet komen vast te staan. En in Dicky Trading II kan men het door de notaris ‘in het leven geroepen’ risico omschrijven als het risico dat Franken de transactie met Wille aan zou gaan *omdat hij op de risico’s daarvan niet was geweest*, met eveneens tot gevolg dat niet vast was komen te staan dat dát risico zich had verwezenlijkt. Met enige creativiteit is juist het element waarin de causaliteitsonzekerheid is gelegen, in de formulering van het ‘in het leven geroepen’ risico in te brengen, met als gevolg dat de omkeringsregel nimmer kan dienen om die onzekerheid te overbruggen.⁵⁴⁵

De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel brengt echter mee dat niet het zich verwezenlijken van uitsluitend het door de normschending ‘in het leven geroepen’ risico aanleiding is om de bewijslast op de aangesproken partij te leggen, maar het zich verwezenlijken van het *soort* risico waartegen de norm specifiek beoogt te beschermen, ongeacht of het nu de voorgegeven, preëxistente dreiging was, of juist de onterechte verergering van die dreiging door de norm-

542. Boonekamp, TCR 2001, p. 45.

543. Kaandorp, TVP 2002, p. 23 l.k.

544. Hierop wijst ook Kaandorp, AA 2001, p. 844 r.k.

545. Vgl. Kaandorp, TVP 2002, p. 23 r.k.

schending, die de benadeelde fataal is geworden. Het is precies de onmogelijkheid om dit vast te stellen die de benadeelde parten speelt, en die de omkeringsregel voor rekening van de aangesproken partij brengt.

In dit opzicht is de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule, waar zij spreekt van een door een gedraging ‘in het leven geroepen’ risico, eigenlijk erg ongelukkig. De ‘oude’ ongevallenformulering, die spreekt van gevaar dat wordt ‘vergroot’, is wat dat betreft beter. Steeds is een bepaald voorgegeven, preëxistent gevaar of risico in het geding, dat als zodanig niet in de normschending zelf is gelegen, maar uit een externe bron afkomstig is. Het is dit gevaar of risico waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen.

Het ligt echter niet in elke context voor de hand om dat voorgegeven en externe karakter steeds te benadrukken, met name niet wanneer het betreffende gevaar of risico van heel algemene aard is, zoals ‘het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen’. Toch zou het in dit opzicht beter zijn om consequent te spreken van risico- en gevaarverhoging, in plaats van risicoschepping of gevaarzetting. Maar omdat dat soms nogal kunstmatig overkomt, heb ik ook zelf deze laatste termen regelmatig gebruikt. Zolang ons op basis van de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel maar voldoende duidelijk voor ogen staat waar het werkelijk om gaat, is daar naar mijn inschatting ook niet zo veel op tegen.

16.5 NADERE INVULLING VAN DE ‘RISICO DAT ZICH HEEFT VERWEZENLIJKT’-FORMULE

De letterlijke bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule kunnen dus zowel te ruim als te beperkt worden uitgelegd. Nu is het natuurlijk mogelijk om aan deze tekortkomingen wat te doen door in verdere rechtspraak aan de formule een nadere invulling te geven. Het Oude Monnick Motors-arrest is in feite een eerste aanzet in die richting, zij het een die qua motivering minder is geslaagd. Dat neemt niet weg dat de toepasselijkheidsvereisten van de formule op deze wijze een heel eind in de goede richting zouden kunnen worden uitgewerkt. Een uitstekende voorzet daarvoor is te vinden in de Conclusie van A-G Hartkamp voor het tweede informed consent-arrest. Hartkamp citeert daarin de kernoverwegingen van de Hoge Raad uit MCL/In ’t Hout, en merkt vervolgens op:

“Hieruit kan worden afgeleid dat voor het aannemelijk maken van het in het leven roepen van het risico, hetgeen op de weg van de eiser ligt, nodig en voldoende is dat hij aantoonst dat de geschonden norm beoogt te beschermen tegen het in het leven geroepen en verwezenlijkte risico.”⁵⁴⁶

Anders dan A-G De Vries Lentsch-Kostense en de Hoge Raad, baseert Hartkamp zich dus niet alleen qua uitkomst op de strekking van de geschonden norm, maar geeft hij ook een zodanige invulling aan de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-

546. Conclusie voor HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JMBV (informed consent: dwarslaesie na operatie wervelkolom), (aan het eind van) nr. 6.

formule dat daardoor het belang van die strekking in die formule wordt ingepast. Als deze invulling expliciet door de Hoge Raad wordt overgenomen, zou al veel onduidelijkheid over de toepassingsvereisten van de omkeringsregel zijn opgelost. In elk geval zou daarmee de in § 16.3 geschetste ruime uitleg van de formule tot het verleden moeten behoren. Hartkamps invulling maakt immers duidelijk dat niet het in het leven roepen en zich vervolgens realiseren van *enig* risico op schade aanleiding is om de bewijslast op de aangesproken partij te leggen, maar alleen het zich realiseren van juist dát risico waarop de beschermende strekking van de geschonden norm betrekking heeft. Ik meen dat deze invulling een grote stap in de goede richting zou zijn, die ik bij deze van harte aanbeveel.

Het is echter duidelijk dat de bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule als zodanig voor die invulling niet echt een aanknopingspunt bieden. De door Hartkamp voorgestelde uitleg is geheel *pour besoin de la cause*. Ik denk dan ook dat het beter zou zijn om niet te proberen de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule nader in te vullen of uit te leggen, maar om de formule zelf te amenderen. Dat is het duidelijkst en het meest recht door zee. Bovendien kunnen dan tegelijkertijd ook de andere tekortkomingen van de formule worden aangepakt.⁵⁴⁷ Ook daaraan zou door nadere uitleg wel het een en ander kunnen worden gesleuteld, maar ook dat zou steeds nogal vergezocht en kunstmatig blijven overkomen. Het is net als met een oude pc: upgraden is wel mogelijk, maar eigenlijk is het gewoon veel beter om meteen een nieuwe te kopen.

16.6 VOORSTEL VOOR EEN ALTERNATIEVE FORMULERING VAN DE OMKERINGSREGEL

Ik stel nogmaals voorop dat toepasselijkheid en consequenties van de omkeringsregel niet kunnen volgen uit de enkele bewoordingen van een formule. Maatgevend daarvoor zijn en blijven inhoudelijke overwegingen. Maar verwoording van de omkeringsregel in een formule die voor die inhoudelijke overwegingen zo veel mogelijk en zo duidelijk mogelijke aanknopingspunten biedt, zou voor de rechtspraktijk uiteraard van groot nut kunnen zijn. Daarom stel ik hier een alternatieve formulering voor. Op basis van mijn analyses in dit hoofdstuk en de vorige hoofdstukken kom ik tot het volgende voorstel:

Indien door een als een onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een norm is geschonden die specifiek de strekking heeft te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dat risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de verwezenlijking van dat risico in beginsel gegeven, en is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om voldoende aannemelijk te maken dat het risico zich ook zonder die gedraging zou hebben verwezenlijkt. Deze bewijslastverdeling geldt niet voor de verdere gevolgen waartoe het verwezenlijkte risico mogelijk heeft geleid.

In de volgende paragrafen wordt dit voorstel nader toegelicht.

547. Zie § 16.4 en § 16.7 e.v.

16.7 HET SPECIFICITEITSVEREISTE

In de voorgestelde formulering wordt getracht de kern van de normatieve rechtvaardiging voor de omkeringsregel vast te leggen door aan te geven dat een nauwe samenhang dient te bestaan tussen de beschermende strekking van de norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt.⁵⁴⁸ Ik noemde dit het ‘specificiteitsvereiste’.⁵⁴⁹ Hoe nauw die samenhang in een concreet geval precies dient te zijn, is echter in het algemeen niet te zeggen. Of in voldoende mate aan het specificiteitsvereiste is voldaan, hangt immers mede af van de mate waarin een feitelijk vermoeden van causaal verband bestaat.⁵⁵⁰ Ik heb ervoor gekozen om aan te sluiten bij het beknopte taalgebruik van de Hoge Raad, en niet te proberen om de samenhang tussen deze beide factoren in de formule op te nemen, maar te volstaan met de formulering ‘een norm [...] die specifiek de strekking heeft te beschermen tegen een bepaald soort risico’. Het woord ‘specifiek’ is gebruikt ondanks dat, zoals uiteengezet in § 14.4, het verband tussen de beschermende strekking van de norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt toch voldoende nauw kan zijn, wanneer de norm primair een meer algemene of een (iets) andere strekking heeft, en slechts in afgeleide zin strekt tot bescherming tegen het risico dat zich heeft verwezenlijkt. Ik wees in dit verband op het Sint-Willibrord-arrest. Het gaat hier om uitleg van de beschermende strekking van de betreffende norm, gepaard aan de inschatting van de waarschijnlijkheid van causaal verband. Ik denk dat de rechter aan de hand van de bestaande precedentes en de in de vorige hoofdstukken gemaakte analyses voldoende kan weten wat hem te doen staat.

16.8 MINDER RUIM, EN MINDER BEPERKT, INTERPRETEERBAAR DAN DE HUIDIGE FORMULE

Het in de voorgestelde formulering opgenomen verband tussen de beschermende strekking van de norm en het risico maakt ook duidelijk dat niet het in het leven roepen van *enig* risico voldoende is, zodat de formule niet net zo ruim als de huidige kan worden opgevat.⁵⁵¹ Tegelijkertijd wordt bewust niet gesproken van een risico dat ‘in het leven is geroepen’, zodat wordt vermeden dat altijd discussie mogelijk blijft over de vraag of het risico dat zich heeft verwezenlijkt, wel hetzelfde risico is als dat wat de gedaagde in het leven heeft geroepen.⁵⁵² In dit verband is ook van belang dat wordt gesproken van ‘een bepaald *soort* risico’.

16.9 GEEN ‘SCHADE’ MAAR ‘RISICO’

Voorts wordt bewust nergens gesproken van ‘schade’, maar enkel van ‘risico’. Dit niet alleen om tot uitdrukking te laten komen dat het niet om het toerekeningsverband gaat, maar ook dat niet de schade maar het risico het specifieke bescher-

548. Zie § 13.8.

549. Zie § 14.4.

550. Zie § 14.3.

551. Zie § 16.3.

552. Zie § 16.4.

mingsdoel van de geschonden norm moet zijn.⁵⁵³ Verder is bij toepasselijkheid van de formule niet het causaal verband met de ‘aldus ontstane schade’, maar met ‘de verwezenlijking van dat risico’ in beginsel gegeven. Hiermee wordt bereikt dat de aangesproken partij alleen wordt opgezadeld met de bewijslast met betrekking tot dié schakel van de causale keten, waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen, en niet (tevens) met betrekking tot eventuele causaliteitsonzekerheid die elders in de causale keten is gelegen. Vanwege het grote praktische belang van deze beperking maakt de laatste volzin dit nog eens expliciet. Omdat deze beperking reeds volgt uit de formulering van de bewijsopdracht aan de aangesproken partij (‘om voldoende aannemelijk te maken dat het risico zich ook zonder die gedraging zou hebben verwezenlijkt’) kan deze zin desgewenst ook worden weggelaten.

16.10 GEEN TEGENDEELBEWIJS MAAR VARIABLEE EISEN

Voorts spreekt de bewijsopdracht aan de aangesproken partij niet van ‘stellen en bewijzen’ maar van ‘voldoende aannemelijk maken’. Daarmee wordt beoogd tot uitdrukking te laten komen dat sprake is van een variabele bewijswaarderingsmaatstaf. Zoals uiteengezet in het vorige hoofdstuk variëren de aan het tegenbewijs te stellen eisen van geval tot geval: zij worden bepaald door de mate waarin aan het specificiteitsvereiste is voldaan, plus de mate waarin een feitelijk vermoeden van causaal verband bestaat.

16.11 DE MOGELIJKHEID VAN EEN PROPORTIONELE OPLOSSING

Zoals eveneens in het vorige hoofdstuk ter sprake kwam, sluiten de toepassing van de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid elkaar geenszins uit, maar kunnen zij uitstekend met elkaar worden gecombineerd. Met het oog op deze mogelijkheid zou aan de hierboven voorgestelde alternatieve formulering nog de volgende passage kunnen worden toegevoegd:

Ingeval aan- noch afwezigheid van causaal verband voldoende aannemelijk wordt, kan de rechter, indien hij op grond van deze onzekerheid een andere oplossing rechtens onbevredigend acht, een gedeeltelijke schadevergoeding toekennen waarvan de omvang in beginsel wordt bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat het risico zich door de gedraging heeft verwezenlijkt. Bij het bepalen van deze omvang kan de benadeelde een zeker voordeel van de twijfel worden gegund.

Net zoals de vergelijkbare passage in mijn voorstel voor een bijzondere bewijsregel voor het gehele gebied van het bewijs van causaliteit en schade in § 12.7, brengt deze formulering tot uitdrukking dat het bij proportionele aansprakelijkheid om een subsidiaire oplossing gaat die alleen in aanmerking komt wanneer de alles-of-niets-benadering geen bevredigend resultaat oplevert. De laatste volzin ten slotte, beoogt tot uitdrukking te brengen dat de normatieve rechtvaardiging

553. Zie § 14.8.

van de omkeringsregel, die het redelijk maakt om causaliteitsonzekerheid in beginsel voor rekening te brengen van de aangesproken partij, bij het bepalen van de omvang van een proportionele schadevergoeding in die zin kan doorwerken, dat daarbij aan de benadeelde in zekere mate het voordeel van de twijfel kan worden gegund.⁵⁵⁴

554. Zie § 15.6.

17 Conclusies

17.1 INLEIDING

In dit afsluitende hoofdstuk vat ik de resultaten samen die mijn beschouwingen hebben opgeleverd. Ik houd daarbij niet de hoofdstukindeling aan, maar rangschik de gevonden antwoorden aan de hand van een aantal thema's. Het zijn uiteraard de analyserende hoofdstukken 9 en 12 t/m 16 die de belangrijkste resultaten laten zien. Maar ook de wordingsgeschiedenis van de omkeringsregel, zoals weergegeven in de meer beschrijvende hoofdstukken, geeft mij aanleiding tot enkele afsluitende opmerkingen.

17.2 DE BETEKENIS VAN DE 'RISICO DAT ZICH HEEFT VERWEZENLIJKT'-FORMULE

Een eerste conclusie is dat de bewoordingen van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule niet bepalend kunnen zijn voor haar toepasselijkheid (§ 4.5, § 8.5 en hoofdstuk 16). Letterlijk genomen kan bijna het gehele gebied van het bewijs van causaliteit en schade binnen het bereik van deze formule worden gebracht (hoofdstuk 4). In werkelijkheid komt de omkeringsregel bij lange na niet zo'n ruime toepasselijkheid toe (hoofdstuk 14). Ook op het verband tussen een ongeval en whiplashklachten kan de omkeringsregel in het algemeen niet worden toegepast (§ 14.6).

De 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule heeft meer dan genoeg hoofdbrekens gekost. Wij doen er beter aan om de pretentie los te laten dat haar bewoordingen werkelijk voldoende aanknopingspunten bieden voor de vraag of de omkeringsregel in een concreet geval toepasselijk dient te zijn. En evenmin moeten wij deze bewoordingen maatgevend achten voor de aan het tegenbewijs te stellen eisen (§ 15.5). Het gaat niet om de toepasbaarheid van een formule, maar om inhoudelijke overwegingen. Die kunnen door nadere uitleg van de formule wel worden 'ingelezen', maar het resultaat daarvan zal altijd geforceerd en kunstmatig blijven (§ 16.5). Daarom ware het beter om de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule zélf te wijzigen (hoofdstuk 16, zie ook hierna).

17.3 ENKELE BELANGRIJKE AFBAKENINGEN

De omkeringsregel heeft alleen betrekking op het conditio sine qua non-verband (respectievelijk op het bewijs van het bestaan van schade, zie hierna). Hij past niet bij het toerekeningsverband omdat daar niets valt om te keren: toerekening is als zodanig geen feitelijke kwestie en dus niet vatbaar voor bewijs en bewijslastverdeling. En het gebruik van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bij het toerekeningsverband biedt ook geen winst ten opzichte van de traditionele gezichtspunten (trefwoorden: 'de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de

schade'). Daarom kan voor de toekomst beter van dat gebruik worden afgezien (§ 3.2).

Er is geen inhoudelijk verschil tussen de 'oude' ongevallenregel en de 'nieuwe' algemene regel. Het is het beste om te spreken van één omkeringsregel, waarbij de 'nieuwe' formulering niet de 'oude' heeft vervangen, maar slechts het brede toepassingsgebied van deze regel tot uitdrukking brengt. Voor het overige is het van ondergeschikt belang in welk van beide formuleringen de omkeringsregel wordt gebezigd. De vraag naar de toepasselijkheid van de omkeringsregel in het betreffende geval wordt als puntje bij paaltje komt tóch niet aan de hand van zijn formulering, maar materieel bepaald. Dat maakt dat de 'oude' ongevallenregel en de 'nieuwe' algemene regel ineenvloeien. In de praktijk ziet men dat soms ook duidelijk gebeuren (hoofdstuk 9).

De bewijslastverdeling bij werkgeversaansprakelijkheid is een apart leerstuk dat is gecodificeerd in artikel 7:658 lid 2 BW. Door de samenhang met het overige systeem van dit artikel heeft de omkeringsregel op dit terrein een zodanig specifieke inhoud gekregen dat het beter is om van een aparte regel te spreken (namelijk de *geschreven* bewijsregel van genoemd artikellid) waarvan de inhoud zelfstandig dient te worden geanalyseerd. Het is het beste om het begrip 'omkeringsregel' zoveel mogelijk te reserveren voor de *ongeschreven* regel die uitsluitend is gebaseerd op de rechtspraak van de Hoge Raad (§ 2.3 en § 9.2).

17.4 DE BEWIJSLASTVERDELING BIJ HET BEWIJS VAN CAUSAAL VERBAND EN SCHADE IN HET ALGEMEEN

De omkeringsregel moet worden begrepen tegen de achtergrond van een algemene tendens om de benadeelde tegemoet te komen bij het bewijs van causaliteit en schade (hoofdstuk 12). Bij de bewijsproblemen waarop de omkeringsregel betrekking heeft, zijn schade en causaliteit tot op grote hoogte uitwisselbare perspectieven. Althans voorzover het bij schade gaat om het bewijs van het *bestaan* daarvan (en dus niet van de omvang, waarvoor de gewone regels van bewijsrecht niet gelden), en bij causaal verband om het bewijs van het *conditio sine qua non*-verband (en dus niet van het toerekeningsverband, dat zich als zodanig niet voor bewijslevering leent). Dit vindt zijn verklaring in de gemeenschappelijke factor die zij hebben door de noodzaak om een vergelijking te maken met de toestand zoals die zou zijn geweest wanneer het aansprakelijkheidscheppende feit zich niet had voorgedaan (§ 4.2).

Omdat deze 'vergelijkingshypothese' een hypothetische toestand betreft, is sluitend bewijs daarvan onmogelijk en wordt genoeg genomen met een redelijke mate van waarschijnlijkheid. Het criterium daarvoor is bij schade en causaal verband formeel verschillend, maar komt op hetzelfde neer. Bijna altijd wanneer het er wérkelijk toe doet, wordt de benadeelde bij het bewijs van schade en causaal verband tegemoet gekomen. Voorwaarden zijn dat het bestaan van een aansprakelijkheidsgrond vaststaat, en dat de bewijsmoeilijkheden van de benadeelde samenhangen met het hypothetische karakter van de vergelijkingshypothese, en niet zijn gelegen in andere, bijzondere omstandigheden die voor zijn risico komen (§ 12.4).

Deze algemene bewijslastverlichting gaat zover dat de hoofdregel van artikel 150 Rv op dit terrein de rechtswerkelijkheid niet langer goed weergeeft, en dat voor het gehele gebied van het bewijs van causaliteit en schade een uitzondering op deze hoofdregel kan worden geformuleerd. Deze regel zou als volgt kunnen luiden (§ 12.7):

De vraag of door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een bepaalde schade is veroorzaakt, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke situatie na deze gedraging met de hypothetische situatie bij wegdenken van die gedraging. Met betrekking tot de feitelijke situatie rust het bewijs in beginsel op de degene die stelt door die gedraging schade te hebben geleden; met betrekking tot de hypothetische situatie rust het bewijs op degene die zich beroept op een afwijking van de normale gang van zaken. Aan dit laatste bewijs worden geen strenge eisen gesteld.

Met het oog op de mogelijkheid van een proportionele oplossing zou daaraan nog de volgende clausule kunnen worden toegevoegd (§ 12.7):

De rechter kan, indien hij op grond van onzekerheid over de hypothetische situatie een andere oplossing rehtens onbevredigend acht, een gedeeltelijke schadevergoeding toekennen waarvan de omvang in beginsel wordt bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat de gedraging tot de gestelde schade heeft geleid.

17.5 DE INHOUDELIJKE RECHTVAARDIGING VAN DE OMKERINGSREGEL

De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel bestaat uit een optelsom van twee grondslagen, een feitelijke en een normatieve (hoofdstuk 13). De kern van de normatieve rechtvaardigingsgrond is gelegen in het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt. Wanneer een geschonden norm specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dát risico zich verwezenlijkt, is het door middel van bewijslastomkering voor rekening van de aangesproken partij brengen van dat risico, een logisch complement van de beschermende strekking van die norm. Dit verstrekt namelijk in zoverre de effectiviteit van die norm, dat deze tenminste voor wat het recht op schadevergoeding betreft, verder tot gelding wordt gebracht. Zou men de bewijslast op de benadeelde laten rusten, dan doet men met de ene hand (de hoofdregel van artikel 150 Rv) af aan de bescherming die met de andere hand (de norm zelf) wordt gegeven. En dat is, zolang niet voldoende vaststaat dat die bescherming toch niet had geholpen, onbevredigend *omdat* die bescherming zo specifiek ziet op het risico dat zich heeft verwezenlijkt. En om dezelfde reden is het niet onredelijk om dit risico alsnog voor rekening te brengen van de aangesproken partij (§ 13.8).

Daarnaast speelt ook de mate waarin een vermoeden van causaal verband (respectievelijk van het bestaan van schade) bestaat, een belangrijke rol. En wanneer de optelsom van deze beide rechtvaardigingsgronden tot een grensgeval leidt, kunnen ook andere factoren gewicht in de schaal leggen (§13.9).

17.6 DE VEREISTEN VOOR DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE OMKERINGSREGEL

De vereisten voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel vloeien rechtstreeks uit zijn inhoudelijke rechtvaardiging voort. Zij verhouden zich tot elkaar als twee communicerende vaten: naarmate aan het ene vereiste meer is voldaan, worden aan het andere lagere eisen gesteld. De geschonden norm dient voldoende specifiek de strekking te hebben om te beschermen tegen juist het risico dat zich heeft verwezenlijkt (het 'specificiteitsvereiste'), waarbij deze eis minder zwaar wordt naarmate een feitelijk vermoeden van causaal verband (respectievelijk van het bestaan van schade) bestaat (hoofdstuk 14). Het specificiteitsvereiste heeft een bepaalde verwantschap met het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW, maar verschilt daarvan zodanig dat het toch moet worden onderscheiden (§ 14.4).

Wanneer in voldoende mate aan het specificiteitsvereiste is voldaan om de omkeringsregel toe te passen, laat zich niet in algemene termen formuleren. Als niet kan worden gezegd dat de geschonden norm ten minste in het betreffende geval primair de strekking had om tegen het verwezenlijkte risico te beschermen, is het verband doorgaans niet nauw genoeg. Maar vanwege de samenhang met de mate waarin een feitelijk vermoeden bestaat, kan zelfs dit (redelijk vage) criterium niet als een harde ondergrens voor de toepasselijkheidsvereisten van de omkeringsregel worden opgevat. Wanneer het qua feitelijk vermoeden een dubbelte op zijn kant is, kan ook een minder nauw verband tussen norm en risico tóch voldoende zijn om de balans in het voordeel van de benadeelde te laten doorslaan. Het Sint-Willibrord-arrest kan dit illustreren.

Of toepassing van de omkeringsregel in een concreet geval is gerechtvaardigd, hangt dus af van een optelsom van twee variabelen: de mate waarin de geschonden norm specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen juist het risico dat zich heeft verwezenlijkt, plus de mate waarin een feitelijk vermoeden van causaal verband bestaat. En wanneer deze optelsom tot een grensgeval leidt, zijn er nog bijkomende argumenten die de doorslag kunnen geven, zoals het zich voordoen van een structurele bewijsnood, de vraag wie de meest gerede partij is om het betreffende bewijs te leveren, en het verzekeringsaspect (§ 14.5).

Deze rechtvaardiging brengt mee dat de toepasselijkheid van de omkeringsregel steeds is beperkt tot eventuele causaliteitsonzekerheid in dié schakel in de causale keten (meestal de eerste), waarin het risico speelt waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen (§ 14.6 t/m § 14.8). Alleen ten aanzien van dát risico kan zijn voldaan aan het specificiteitsvereiste. Het is van belang om te onderscheiden tussen dit risico en de uiteindelijk door de benadeelde geleden schade (§ 14.8). De omkeringsregel kan dus niet worden toegepast op het mogelijke verband tussen de normschending en ieder evenement dat zich maar laat betitelen als een 'risico dat zich heeft verwezenlijkt', maar alléén op het mogelijke verband met dát evenement waartegen de geschonden norm specifiek beoogt te beschermen. Hieruit volgt dat de omkeringsregel in het algemeen niet zal kunnen worden toegepast op het verband tussen een ongeval en whiplashklachten (§ 14.6).

17.7 DE EISEN AAN HET TEGENBEWIJS

Ook de eisen die aan het tegenbewijs moeten worden gesteld, vloeien rechtstreeks uit de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel voort (hoofdstuk 15). Zogenaamd ‘tegendeelbewijs’ is niet vereist. Voorzover de rechtvaardiging van de toepassing van de omkeringsregel in een concreet geval is gelegen in een feitelijk vermoeden, kan van het tegenbewijs niet méér worden verlangd dan dat het dit vermoeden kan ontkrachten. Daarvoor is geen sterker tegenbewijs nodig dan het vermoeden sterk was. En voorzover de rechtvaardiging van de toepassing van de omkeringsregel is gelegen in het voldaan zijn aan het specificiteitsvereiste, zal de drempel voor dat tegenbewijs hoger komen te liggen. Omdat zowel het feitelijke vermoeden als de mate waarin is voldaan aan het specificiteitsvereiste, variabele factoren zijn, zijn de aan het tegenbewijs te stellen eisen de som van twee variabelen, en daarom zelf ook variabel (§ 15.3).

Toepassing van de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid sluiten elkaar niet uit, maar kunnen uitstekend met elkaar worden gecombineerd. Indien als tegenbewijs niet alleen wordt geaccepteerd het bewijs dat *conditio sine qua non*-verband *afwezig* is, maar ook het bewijs dat een reële *kans* op deze afwezigheid bestaat, kan dit ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ aanleiding zijn om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen. Daarbij wordt de omvang van de schadevergoeding in beginsel bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat de normschending tot de gestelde schade heeft geleid (§10.6). Bij het bepalen van deze omvang kan de normatieve rechtvaardiging van de omkeringsregel in zoverre doorwerken, dat daarbij aan de benadeelde in zekere mate het voordeel van de twijfel kan worden gegund (§ 15.6).

17.8 VOORSTEL VOOR EEN ALTERNATIEVE FORMULERING VAN DE OMKERINGSREGEL

De letterlijke bewoordingen van de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule kunnen dus niet bepalend zijn voor haar toepasselijkheid. Het gaat niet om de toepasbaarheid van een formule, maar om inhoudelijke overwegingen. Die kunnen door nadere uitleg van de formule wel worden ‘ingelesen’, maar het resultaat daarvan zal altijd geforceerd en kunstmatig blijven (§ 16.5). Daarom is het beter om de ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule zélf te wijzigen. Deze alternatieve formulering zou als volgt kunnen luiden (§ 16.6):

Indien door een als een onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een norm is geschonden die specifiek de strekking heeft te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dat risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de verwezenlijking van dat risico in beginsel gegeven, en is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om voldoende aannemelijk te maken dat het risico zich ook zonder die gedraging zou hebben verwezenlijkt. Deze bewijslastverdeling geldt niet voor de verdere gevolgen waartoe het verwezenlijkte risico mogelijk heeft geleid.

Met het oog op de mogelijkheid van een proportionele oplossing zou daaraan nog de volgende clausule kunnen worden toegevoegd (§ 16.11):

Ingeval aan- noch afwezigheid van causaal verband voldoende aannemelijk wordt, kan de rechter, indien hij op grond van deze onzekerheid een andere oplossing rechte onbevredigend acht, een gedeeltelijke schadevergoeding toekennen waarvan de omvang in beginsel wordt bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat het risico zich door de gedraging heeft verwezenlijkt. Bij het bepalen van deze omvang kan de benadeelde een zeker voordeel van de twijfel worden gegund.

17.9 BESLUIT

Zoals de beschreven arresten en de reacties daarop laten zien, heeft de rechtspraak van de Hoge Raad over de omkeringsregel veel vragen opgeworpen. Zelf behoor ik tot degenen die de algemene bewoordingen van Dicky Trading II lange tijd als een *slip of the pen* hebben beschouwd, en na het Sint-Willibrord-arrest heb ik net als Drion wel eens gedacht dat de Hoge Raad zijn koers op dit punt nu toch echt moest zijn kwijtgeraakt. Achteraf gezien moet ik zeggen dat ik de omkeringsregel eigenlijk een heel fraaie vernieuwing van ons aansprakelijkheidsrecht vind. Mits hij voldoende behoedzaam wordt toegepast (maar waarvoor geldt dat eigenlijk niet?), kan ik mij er inhoudelijk ook helemaal in vinden. Wel moeten wij ons zo snel mogelijk van zijn raadselachtige formulering bevrijden. Ik ben zeer benieuwd wat verdere ontwikkeling en verfijning nog zal opleveren. Wij juristen hebben een schitterend vak.

De wijze waarop deze vernieuwing tot stand is gekomen, verdient echter geen schoonheidsprijs. De niet te onderschatten onzekerheid voor de rechtspraak, op een punt waarvan men met enige overdrijving kan zeggen dat het haast in elke schadevergoedingszaak een rol speelt, houdt in dat voor deze innovatie een hoge maatschappelijke prijs wordt betaald. Aan deze situatie moet zo spoedig mogelijk een einde komen.

Ik blijf mij afvragen hoe het toch komt dat de Hoge Raad zijn beslissingen over de omkeringsregel zo schriel heeft toegelicht. Misschien heeft het hoe en waarom de betreffende raadsheren ook niet steeds in volle omvang voor ogen gestaan, en zijn de beslissingen deels ingegeven door een intuïtief gevoel van rechtvaardigheid. Het valt in elk geval op dat het resultaat van de beslissingen bijna altijd vrij algemeen bevredigend wordt gevonden, eigenlijk kan alleen het Sint-Willibrord-arrest niet op algemene bijval rekenen. We weten het niet, en mogelijk zullen we het ook nooit weten. Men pleegt zich bij de Hoge Raad niet te buiten te gaan aan persoonlijke ontboezemingen over dit soort kwesties. Dat maakt mij wel eens een beetje jaloers op een land als Engeland, waar innovaties door het House of Lords gepaard plegen te gaan met een schat aan uitvoerige en soms buitengewoon fraaie *opinions*. Maar goed, dat veronderstelt onder andere een toelatingsstelsel met alle nadelen van dien. Je kunt niet alles hebben.

Literatuur

- Akkermans (1996) A.J. Akkermans, Oorzakelijk verband, in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad*, BW-krant jaarboek 1996, Gouda Quint, Deventer, 1996, p. 39-65
- Akkermans, diss. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. KUB 1997), Tjeenk Willink, Deventer, 1997
- Akkermans, VR 1999 A A.J. Akkermans, Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?, VR 1999, p. 65-69
- Akkermans, VR 1999 B A.J. Akkermans, Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of door roken, VR 1999, p. 193-197
- Akkermans (2000) A.J. Akkermans, Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 85-134
- Akkermans, VR 2001 A.J. Akkermans, noot bij Hof Arnhem 14 december 1999, VR 2001, 19, VR 2001, p. 48-50
- Akkermans, TVP 2001 A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, TVP 2001, p. 93-100
- Akkermans, VR 2002 A A.J. Akkermans, noot bij Hof Amsterdam 10 mei 2001, VR 2002, 80, VR 2002, p. 134-135
- Akkermans, VR 2002 B A.J. Akkermans, noot bij Bindend advies H.A. Bouman 4 november 1999, VR 2002, 81, VR 2002, p. 138-139
- Akkermans, Faure, Hartlief (2000) A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000
- Asser, Vademecum W.D.H. Asser (red.), *Vademecum burgerlijk procesrecht* (losbladige uitgave), Bijlage I, nr. 5.3.2, Gouda Quint, Arnhem, 1990-
- Asser (1992) W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A-24, Kluwer, Deventer, 1992
- Asser, RM Themis 2000 W.D.H. Asser, boekbeschuwing: I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, RM Themis 2000, p. 141-143
- Asser, NJB 2002 W.D.H. Asser, Kroniek van de rechtspleging, NJB 2002, p. 490-499
- Asser-Hartkamp I C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, 11e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, Tjeenk Willink, Deventer, 2000

- Von Bar, Deliktsrecht II
Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, Beck, München, 1999
- Barendrecht, diss.
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. KUB 1992), Kluwer, Deventer, 1992
- Barendrecht, NJB 2002
J.M. Barendrecht, Een bijsluiter hoort er bij, *NJB* 2002, p. 1281
- Beenders, NTBR 2001
D.J. Beenders, Enige relativeringen van de omkeringsregel inzake causaal verband, *NTBR* 2001, p. 278-282
- Bier, VR 2001
L. Bier, De kunst van het zoeken, *VR* 2001, p. 133-139
- Bloembergen, diss.
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht 1965), Kluwer, Deventer, 1965
- Bolt en Spier, preadvies NJV
A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (preadvies NJV 1996), Tjeenk Willink, Zwolle, 1996
- Van Boom, TVP 2001
Noot bij HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/ In 't Hout), *TVP* 2001, p. 91-93
- Boonekamp, TCR 2001
R.J.B. Boonekamp, kroniek Bewijsrecht, *TCR* 2001, p. 44-45
- De Bosch Kemper, VR 2001
H.J.J. de Bosch Kemper, noot bij HR 16 juni 2000, *VR* 2000, 189 (Sint-Willibrord), *VR* 2001, p. 419
- Bouman/Tilanus (1998)
H.A. Bouman en G.M. Tilanus-van Wassenae, *Schadevergoeding: personenschade*, Monografieën Nieuw BW B-37, 2e druk, Kluwer, Deventer, 1998
- W.H. Bouman, Bb 2001
W.H. Bouman, Over de weigering dekking te verlenen op grond van een verzekeringsovereenkomst wegens 'merkelijke schuld' van de verzekerde; uitleg art. 294 Wetboek van Koophandel en causaal verband, noot bij HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 (Amev/Sjors), *Bb* 2001, p. 26-30
- Brunner, VR 1981
C.J.H. Brunner, Causaliteit en toerekening van schade, *VR* 1981, p. 210-217 en 233-236
- Brunner, noot bij Sint-Willibrord
C.J.H. Brunner, noot bij HR 16 juni 2000 (Sint-Willibrord), NJ 2000, 584
- Van Dam (2000)
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000
- Drion, NJB 2000
C.E. Drion, Naar Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht?, *NJB* 2000, p. 1956-1959
- Van Dunné, TMA 1999
J.M. van Dunné, Causaliteitsproblemen in het milieu-aansprakelijkheidsrecht: alternatieve causaliteit en res ipsa loquitur II, *TMA* 1999, p. 145 e.v.
- Van Dunné, TMA 2001
J.M. van Dunné, Schending van veiligheidsnormen en causaliteit: conditio sine qua non als rudimentair vereiste, *TMA* 2001, p. 1-14

- Endedijk, TVP 2001
- G.C. Endedijk, noot bij HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef), TVP 2001, p. 89-91
- Faure (2000)
- M. Faure, Het verlies van een kans in België, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 161-196
- Frenk, NJB 1995
- N. Frenk, Toerekening naar kansbepaling, *NJB* 1995, p. 482-491
- Frenk, A&V 1996
- N. Frenk, Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, *A&V* 1996, p. 80-82
- Geeraths, PIV Bulletin 2001/7
- D. Geeraths, Causaliteit en bewijslast (ingezonden brief), *PIV Bulletin* 2001/7, p. 8
- Giesen (1999)
- I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Tjeenk Willink, Deventer, 1999
- Giesen, A&V 2000
- I. Giesen, noot bij HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (Sint-Willibrord), *A&V* 2000, p. 107-109
- Giesen, diss.
- I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. KUB 2001), Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2001
- Giesen, NTBR 2001
- I. Giesen, Werkgeversaansprakelijkheid, blootstelling aan asbest en bewijslastverdeling op basis van de strekking van de materiële norm, noot bij HR 26 januari 2001, RvdW 2001, 41 (Weststrate/De Schelde), *NTBR* 2001, p. 242-247
- Giesen, AV&S 2001
- I. Giesen, Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en 'de omkeringsregel', noot bij HR 3 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In 't Hout), *AV&S* 2001, p. 150-154
- Giesen, Malpractice Law
- D. Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Mohr, Tübingen / Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1988
- Haak, AA 1998
- M.F.J. Haak, Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan, *AA* 1998, p. 138-147
- Hartlief (2000)
- T. Hartlief, Proportionele aansprakelijkheid: een introductie, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 1-25
- Hartlief, NTBR 2001
- T. Hartlief, Kroniek van het Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 1998-2000, *NTBR* 2001, p. 20-35
- Hartlief, AA 2001
- T. Hartlief, Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de 'omkeringsregel', *AA* 2001, p. 452-459
- Hartlief en Tjittes, NJB 2001
- T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2001, p. 1459-1473
- Hendrix, NbBW 2000
- L.G.J. Hendrix, Causaal verband: bewijslast definitief omgekeerd?, *NbBW* 2000, p. 113-116

- Houben, PIV Bulletin 2001/5
 Houben, PIV Bulletin 2001/7
 Janse e.a., Nivel-rapport
 Kaandorp, AA 2001
 Kaandorp, TVP 2002
 Kastelein, TvGr 1998
 Kirschenmann, afscheidsrede
 Klaassen, A&V 1998
 Klaassen, AV&S 2001
 Köster, oratie
 Kottenhagen, NbBW 2001
 Kullmann, VersR 1999
 Langemeijer (1981)
 Londonck Sluijk, Bb 2001
- P.J.M. Houben, Causaliteit en deskundigen-onderzoek bij ongeval met whiplashtrauma, noot bij HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef), *PIV Bulletin* 2001/5, p. 1-6
 P.J.M. Houben, Naschrift op de ingezonden brief van mr. D. Geeraths, *PIV Bulletin* 2001/7, p. 9
 A.F.C. Janse, J.B.F. Hutten, P. Spreeuwenberg, *Patiënten oordelen over ziekenhuizen II*, rapport van het Nederlands instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (Nivel) en de Consumentenbond, Nivel, Utrecht, 2002
 D.T.G.J. Kaandorp, De omkeringsregel(s), AA 2001, p. 836-845
 D.T.G.J. Kaandorp, noot bij de arresten HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 (informed consent), TVP 2002, p. 18-24
 W.R. Kastelein, Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998, TvGr 1998, p. 134-146
 P.P. Kirschenmann, *Onzekerheid en risico in wetenschap, maatschappij en ethiek* (afscheidsrede VU 2001), VU uitgeverij, Amsterdam, 2001
 C.J.M. Klaassen, noot bij HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO), A&V 1998, p. 145-148
 C.J.M. Klaassen, Werkgeversaansprakelijkheid, bewijslastverdeling, noot bij HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377 (Bloemsma/Hattuma) en HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476 m.nt. PAS (Industromontaza/Banfic), AV&S 2001, p. 158-162
 H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (oratie Amsterdam G.U. 1962), Zwolle, Tjeenk Willink, 1963
 R.J.P. Kottenhagen, Bewijs causaal verband tussen ongeval en gezondheidsklachten en de betekenis van het deskundigenbericht, NbBW 2001, p. 110-112
 H.J. Kullmann, Schadensersatzpflicht bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht bzw. des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ohne Entstehung eines Eingriffsschadens, *Versicherungsrecht* 1999, p. 1190-1192
 G.E. Langemeijer, Causaliteit en kein Ende, in: *Gratia commercii*, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A. van Oven ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden, Tjeenk Willink, Zwolle, 1981
 J.B. Londonck Sluijk, De 'omkeringsregel' bij bewijs van causaal verband, Bb 2001, p. 109-110

- Mölenberg, NTBR 2001 L.J.H. Mölenberg, noot bij HR 19 januari 2001, NJ 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnick), NTBR 2001, p. 248-250
- Nieuwenhuis, RM Themis 2002 J.H. Nieuwenhuis, De neus van Cleopatra, RM Themis 2002, p. 1-2
- Onrechtmatige Daad (oud) A.R. Bloembergen (red.), *Onrechtmatige Daad* (losbladige uitgave) (oud), Kluwer, Deventer, 1964-1991
- Pals, VR 2000 L.H. Pals, Na Hoge Raad 16 juni 2000: proportionele causaliteit? Nee dus!, VR 2000, p. 394-396
- Du Perron, Bb 1996 C.E. du Perron, Schadebewijs bij beroepsfout, noot bij HR 20 december 1996, NJ 1996, 747 (Beurskens/Notarissen), Bb 1996, p. 181-182
- Du Perron, Lezing NSC C.E. du Perron, *Omkering bewijslast*, lezing NSC studiemiddag 'Onzeker en meervoudig causaal verband', Den Haag 29 maart 2001 (ongepubliceerd)
- Du Perron, oratie C.E. du Perron, Een afgesloten weg (oratie UvA 2001), in: Arthur Salomons, Martijn Hesselink, Edgar du Perron, *Uitgesproken teksten*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2002, p. 31-57
- Van Peursesem en Wissink (2000) G.R.B. van Peursesem en M.H. Wissink, Actualia contractspraktijk. Bewijs van causaal verband tussen wanprestatie en schade, *Contracteren* 2000, p. 115-116
- Prosser and Keeton Prosser and Keeton on Torts, W. Page Keeton (general editor), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing co, St Paul, Minn., 1984
- RGRK-Nüssgens *Das bürgerliche Gesetzbuch*, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Nüssgens), 12e druk, De Gruyter, Berlin, New York, 1974-2000
- De Ridder, AA 1995 M.J.J. de Ridder, Kansverlies als schade factor bij medische aansprakelijkheid, AA 1995, p. 548-554
- De Ridder, TvGr 2000 M.J.J. de Ridder, Causaal verband bij informed consent, TvGr 2000, p. 353-361
- Ronse, Schade J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, 2e druk, bewerkt door L. de Wilde, A. Claeys en I. Mallems, Story-Scientia, Gent, 1984
- Schadevergoeding (Boonekamp) A.R. Bloembergen (red.), *Schadevergoeding* (losbladige uitgave), Kluwer, Deventer, 1992- (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Boonekamp)
- Van Schellen, diss. J. van Schellen, *Juridische causaliteit* (diss. UvA 1972), Kluwer, Deventer, 1972

- Van Schellen (1985) J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht*, Studiepockets privaatrecht Nr. 35, Tjeek Willink, Zwolle, 1985
- Van Schellen, NJB 1985 J. van Schellen, Causaal verband: requiem voor een leerstuk?, *NJB* 1985, p. 1115-1118
- Schut (1997) G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Studiepockets privaatrecht Nr. 21, 5e druk, Tjeenk Willink, Zwolle, 1997
- Sieburgh, WPNR 2001 C.H. Sieburgh, Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2001?, *WPNR* 6450 (2001), p. 580-594
- Slabbers, TvGr 2002 S. Slabbers, noot bij HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387; TvGr 2002/20 en 21, *TvGr* 2002, p. 200 e.v.
- Snijders, noot bij Gouda/Lutz H.J. Snijders, noot bij HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz)
- Spier, A&V 1996 J. Spier, noot bij HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II), *A&V* 1996, p. 42-43
- Spier, Causation J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Principles of European Tort Law, Vol 4, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 2000
- Strens-Meulemeester, NbBW 2001 J.A.M. Strens-Meulemeester, Protocol en medische aansprakelijkheid, noot bij HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In 't Hout), *NbBW* 2001, p. 94-96
- Van Swaaij en Tjon Tjin Tai, NJB 2001 S. van Swaaij en E. Tjong Tjin Tai, Geen Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht, *NJB* 2001, p. 394-395
- Thierry, JAR Verklaard 2001 D.M. Thierry, Verdeling van stelplicht en bewijslast bij bedrijfsongevallen, *JAR Verklaard* 2001, p. 8-13
- Van (2000) A.J. Van, Bewijs van causaal verband met behulp van epidemiologische gegevens, in: A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 135-154
- Verheij, diss. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU 2002), *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2002
- Vermaas, TvGr 2000 A.M. Vermaas, noot bij Hof Leeuwarden 2 december 1998, TvGr 2000/51 (MCL/In 't Hout), *TvGr* 2000, p. 379-384
- Visser, TCR 2002 G.J. Visser, Bewijs en aansprakelijkheid, Bespreking van I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid (diss. KUB 2001), *TCR* 2002, p. 15-20
- Vranken, noot bij Oude Monnink J.B.M. Vranken, noot bij HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnink)
- Vranken, noot bij MCL/In 't Hout J.B.M. Vranken, noot bij HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In 't Hout)
- Vranken, noot bij informed consent J.B.M. Vranken, noot bij HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 (informed consent)

Van de Water, ArbeidsRecht 2001

Wilburg, Bewegliches System

R. van de Water, Bewijslastverdeling bij beroepsziekten, *ArbeidsRecht* 2001, p. 13-17

W. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Rede Graz 1950, inmiddels ook uitgegeven in het Engels, W. Wilburg, *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*, Manzsche, Wien, 2000

Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers. In de vetgedrukte paragrafen worden casus (kort) weergegeven en/of overwegingen geciteerd.

HOGHE RAAD

HR 30 oktober 1953, NJ 1954, 261 m.nt. JB	7.3
HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (De Groot/RAGOM)	2.1 , 15.2
HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 (De Brouwer/Van den Besselaar)	2.1, 2.2, 9.4
HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen)	2.1 , 2.2, 8.8, 10.4, 10.5, 13.7, 14.4, 15.2, 16.4
HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 (Nicolaye/Grooten)	2.1, 9.4
HR 1 juli 1976, NJ 1976, 467 (Schoorman/Harcree)	9.4
HR 14 januari 1977, NJ 1977, 340 (Expeditiebedrijf/Te Baerts)	2.2 , 9.4 , 9.5, 13.4
HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. ARB (Securicor)	2.1, 3.3
HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Versluis/Ziekenzorg)	3.3
HR 17 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs)	11.13
HR 26 november 1982, VR 1983, 28 (APFZ/Klootwijk)	9.4 , 9.5
HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen's BV)	2.1, 2.2, 15.2
HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 m.nt. PAS	2.1
HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Rebecca Visser)	2.1, 2.2, 9.4 , 15.2
HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roefen/Thijssen)	2.1, 2.2
HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB (DES)	1.1
HR 18 december 1992, NJ 1994, 181 m.nt. EAAL (Dicky Trading I)	3.1 , 4.3, 12.5, 13.8, 14.4
HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I)	2.1, 2.2, 8.4, 15.2
HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 m.nt. PAS (Nuts/Hofman)	3.1
HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210 (Hoogenboom/Unigarant)	7.3
HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA)	2.1, 2.2 , 13.4
HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95 (IZA/Waarborgfonds)	2.1, 9.4
HR 16 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver)	3.3
HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink)	2.1, 2.3, 9.2
HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (Dicky Trading II)	1.2 , 1.3, 3.1 , 3.3 , 4.2 , 4.3, 4.6, 5.1, 6.3, 7.2, 7.4, 8.4, 8.8, 10.4, 10.5, 11.6, 11.7, 11.11, 12.5, 13.2, 13.7, 13.8, 14.2, 14.3, 14.4, 15.4, 16.3, 16.4
HR 20 september 1996, NJ 1996, 747 (Beurskens/Notarissen)	4.1 , 4.2, 4.6, 8.6, 11.9, 12.5, 14.2, 14.3, 14.4, 15.4
HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert)	2.1, 15.2
HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits)	2.1, 15.2
HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (Wrongful birth)	3.1 , 5.1
HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257	11.13
HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam/Zonneveld)	7.2
HR 5 december 1997, NJ 1998, 400; VR 1998, 28 (Terminus/ZAO)	10.6
HR 27 februari 1998, NJ 1998, 417 (Seksueel misbruik)	3.1 , 5.1

HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof/Helvetia)	4.3 , 4.4 , 12.4 , 12.5, 12.7 , 14.6
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO)	2.2, 5.1 , 14.3, 14.7, 15.4
HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap/Shellfish)	3.2
HR 23 oktober 1998, nr. 9080, R97/145 (Peanut Product Processors NV/ De Nederlandse Antillen) (niet gepubliceerd)	6.1
HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS (Fransen/Stichting Pasteurziekenhuis)	2.1, 2.3, 9.2, 15.2
HR 24 december 1999, NJ 2000, 248 (Gouda/Lutz)	2.1, 2.2, 3.3, 5.2 , 8.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 12.5, 15.2, 15.5
HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 m.nt. CJHB (Van Sas/Interpolis)	4.3, 4.4
HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB (Sint-Willibrord)	1.3, 2.4, 3.2, 5.2, 6.1, 6.2 , 6.3 , 6.4 , 6.6, 6.7, 8.8, 10.2, 13.2, 13.7, 14.4, 15.2, 15.5, 16.4, 16.7
HR 20 oktober 2000, JOL 2000, 494 (Dubbel verpande huuropbrengst)	7.2
HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 m.nt. MMM (Amev/Sjors)	7.1, 7.2, 7.3
HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 (Unilever/Dikmans)	2.3
HR 1 december 2000, VR 2001, 92 (Informed consent bij sterilisatie)	7.1
HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419 m.nt. MMM	7.2
HR 12 januari 2001, NJ 2001, 453 (Notaris/Amev)	7.4
HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnick Motors)	1.2, 1.3, 1.5, 2.4, 3.2, 3.3, 4.1, 4.2, 4.5, 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 8.1 , 8.2 , 8.3 , 8.5, 8.6, 8.7 , 8.8, 9.1, 9.3, 9.6 , 9.7, 11.9, 13.2 , 14.4, 14.7, 14.8, 15.2, 16.4
HR 19 januari 2001, LJN AA9704, JOL 2001, 50 (Posttraumatische dystrofie)	7.2, 7.5
HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597 (Weststrate/De Schelde)	2.3
HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 m.nt. Van Wijmen en JBMV (MCL/In 't Hout)	9.6, 10.1, 10.2 , 10.4, 11.11, 13.2, 13.7, 13.8 , 14.2, 14.3, 14.4, 15.4, 15.5, 15.6, 16.5
HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377 (Bloemsma/Hattuma)	9.2
HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef)	4.3 , 12.4 , 14.6
HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476 m.nt. PAS (Industromontaza/Banfic)	2.3, 6.6, 7.2, 9.2
HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 m.nt. JMBV onder NJ 2002, 387 (Informed consent: zenuwbeschadiging na polsoperatie)	1.3, 10.1, 11.1, 11.2 , 11.5 , 11.6, 11.7, 11.11, 13.7, 14.7, 14.8
HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JMBV (Informed consent: dwarslaesie na operatie wervelkolom)	1.3, 3.2, 10.1, 11.1, 11.3 , 11.5 , 11.6, 11.7, 11.11, 13.7, 14.7, 14.8, 16.5
HR 11 januari 2002, VR 2002, 158 (Zürich/X)	1.3, 9.7
HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 132 (KUN/X)	11.14

GERECHTSHOVEN

Hof Amsterdam 4 juni 1996, NJ 1996, 213	11.13
Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGr 1998/48	11.14
Hof Leeuwarden 2 december 1998, NJ 2000, 41; TvGr 2000/51 m.nt. A.M. Vermaas	10.1, 10.2
Hof Arnhem 24 juni en 14 december 1999, NJ 2000, 742	11.13
Hof Arnhem 3 april 2001, LJN AB1425 (Causaal verband ongeval en whiplashklachten)	4.3, 14.6
Hof Leeuwarden 27 juni 2001, NJ 2002, 208	7.2

RECHTBANKEN

Rb. Zwolle 23 april 1997, TvGr 1998/20	11.8
Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41	11.13
Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406	11.13
Rb. Zwolle 31 mei 2000, NJkort 2000, 89	11.13
Rb. Den Haag 12 juli 2000, VR 2000, 20	11.13
Rb. Leeuwarden 12 juli 2000, TvGr 2001/13	11.13
Rb. Den Haag 5 oktober 2000, TAR 2000, 151 (Roosien/Staat)	15.6
Pres. Rb. Groningen 9 februari 2001, KG 2001, 81 (Causaal verband ongeval en whiplashklachten)	4.3, 14.6
Rb. Leeuwarden 10 juli 2002, rolnr. 9816 HA ZA 94/954 (niet gepubliceerd)	10.5

KANTONGERECHT / SECTOR KANTON

Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJkort 1999, 35; VR 1999, 117 (Schaier/De Schelde)	15.6
---	------

OVERIGE INSTANTIES

Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, VR 1999, 44	11.13
Geschillencommissie Ziekenhuizen 25 november 1999, TvGr 1999/54	11.13

BUITENLANDSE INSTANTIES

Cass. Civ. 1re 5 november 1974, Bull. Civ. 1974 I nr. 291; JCP 1974 IV 417	11.13
Rb. Leuven 10 februari 1988, TBBR 1998, 163	11.13
Oberlandesgericht Jena 3 december 1997, VersR 1998, 586 m. Anm. Terbille in VersR 1999, 235	11.14

Dit boek handelt over de zogenaamde 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband. Deze in de rechtspraak ontwikkelde regel houdt in dat:

“indien door als een onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen, en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, en dat het aan degene is die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan”.

Een omkering van de bewijslast dus, want normaal gesproken rust het bewijs van causaal verband op de benadeelde. Over de inhoud en reikwijdte van deze 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bestaat in de rechtspraktijk grote onzekerheid. Advocatuur en rechterlijke macht zien zich voortdurend voor de vraag gesteld wat de betekenis van deze bewijsregel precies is.

In dit boek wordt getracht deze vraag te beantwoorden. Op basis van een analyse van de rechtspraak geeft de auteur zijn visie op de achtergronden, de inhoudelijke rechtvaardiging en de vereisten voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel, evenals op de eisen die moeten worden gesteld aan het tegenbewijs. Aangevoerd wordt dat de letterlijke bewoordingen van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule niet bepalend kunnen zijn voor haar toepasselijkheid. Het boek mondt uit in een voorstel voor een alternatieve formulering van de omkeringsregel.

Dit boek is de uitwerking van de rede die de auteur uitsprak bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

ISBN 90-5454-253-5



9 789054 542537

BJu

Boom Juridische uitgevers